

**DAS ZERRÜTTUNGSPRINZIP
IM ENGLISCHEN SCHEIDUNGSRECHT**

Günter Knobel

1975
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551905_0007

D A S Z E R R Ü T T U N G S P R I N Z I P I M
E N G L I S C H E N S C H E I D U N G S R E C H T

Eine Untersuchung über Regelung und
Wirkungsweise des Prinzips der end-
gültigen Zerrüttung der Ehe als Rechts-
grund der Eheauflösung im englischen
Scheidungsrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

G ü n t e r K n o b e l

1975



Referent: Prof. Dr. Lorenz
Korreferent: Prof. Dr. Jayme

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1975

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

<u>Erster Teil:</u>	EINFÜHRUNG	1
<u>Zweiter Teil:</u>	DIE ENTWICKLUNG DES SCHEIDUNGSRECHTS VON DER EHEVERFEHLUNGSDOKTRIN ZUM ZERRÜTTUNGSPRINZIP	6
A)	<u>Überblick über das frühere Scheidungsrecht in England</u>	6
I.	Historische Entwicklung bis 1937	6
II.	Die Doktrin der Eheverfehlung	10
B)	<u>Die Reform des Scheidungsrechts</u>	13
I.	Notwendigkeit der Reform	13
	1. Wandel der sozialen Wirklichkeit	13
	a) Anstieg der Scheidungszahlen	13
	b) Wandel der Auffassungen von Ehe und Ehescheidung	15
	c) Neuorientierung der Sozialfunktion des Scheidungsrechts	17
	2. Auseinanderfallen von Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit	19
	a) Eingriffe in die Eheverfehlungsdoktrin	19
	aa) Entwicklung der Gesetzgebung	19
	bb) Entwicklung der Rechtsprechung	20
	b) Reformbedürftigkeit der Grundlagen des Scheidungsrechts	22
II.	Die Einführung des Zerrüttungsprinzips	24
	1. Die Entwicklung des Zerrüttungsgedankens im früheren Recht	25
	2. Der Gang der Reformdiskussion	26
	a) Bericht der Royal Commission on Marriage and Divorce 1956	26
	b) Vorschläge der Studiengruppe des Erzbischofs von Canterbury	27
	c) Stellungnahme der Law Commission	29
	d) Ergebnis	30
	3. Begriffsbestimmung	32

<u>Dritter Teil:</u>	DIVORCE REFORM ACT 1969 - Überblick über Struktur, Inhalt und Bedeutung des Scheidungsreform- gesetzes -	33
A)	<u>Zerrüttungsprinzip - Tatbestand und weitere Ausgestaltung</u>	33
I.	Die Zerrüttungstatbestände	33
II.	Verhinderung der Scheidung nicht end- gültig zerrütteter Ehen	35
	1. Schutz vor verfrühter oder fälschlicher Feststellung der endgültigen Zerrüttung	35
	2. Verhinderung des Eintritts der end- gültigen Zerrüttung	37
III.	Interessenausgleich im Fall der endgültigen Zerrüttung	40
	1. Interessenausgleich durch Aufrechter- haltung der Ehe - Härteklausel -	40
	2. Interessenausgleich durch Aufschub des Scheidungsurteils - beschränkte Härte- klausel -	41
	3. Interessenausgleich im Wege außer- gerichtlicher Vereinbarungen über Scheidungs Voraussetzungen und -folgen	44
IV.	Zusammenfassung	45
B)	<u>Das Scheidungsreformgesetz im System des englischen Ehescheidungsrechts</u>	47
I.	Wesen und Interdependenz der Rechtsquellen	47
	1. Regelungsumfang des Scheidungsreform- gesetzes	48
	2. Das Verhältnis von Gesetzesrecht und Richterrecht auf dem Gebiet des Scheidungsrechts	52
II.	Der Divorce Reform Act 1969 als 'Reform- gesetz'	55
	1. Möglichkeit der Einflußnahme auf das Rechtsleben	55
	2. Der Reformcharakter des Gesetzes in der Rechtsprechung	59

<u>Vierter Teil:</u>	DER TATBESTAND DER ENDGÜLTIGEN ZERRÜTTUNG	65
A)	<u>Formelles Zerrüttungsprinzip</u>	65
I.	Die Zerrüttung der Ehe als Tatbestands- erfordernis	66
	1. Zerrüttungs-Generalklausel	66
	2. Ursachen der Zerrüttung - Kausalität -	67
	3. Die gesetzliche Vermutung der Zer- rüttung	69
	4. Die Untersuchungspflicht des Gerichts	73
	5. Zusammenfassung	78
II.	Die positive Zerrüttungsfeststellung	79
	1. Problematik	79
	2. Die Kriterien der Rechtsprechung	81
	3. Zusammenfassung	85
III.	Die Gestaltungskraft des Zerrüttungs- grundsatzes	85
	1. Der Zerrüttungsgrundsatz als Ziel- vorstellung	85
	2. Zerrüttungsprinzip und Eheverfehlungs- tatbestände	88
	3. Zusammenfassung	91
B)	<u>Materielles Zerrüttungsprinzip - Die Zerrüttungs- situationen</u>	93
I.	Ehebruch und Unerträglichkeit des Zusammen- lebens	93
	1. Wandel des Begriffsinhalts des früheren Scheidungsgrundes	93
	2. Das objektive Tatbestandsglied	94
	a) Das "Stigma" des Ehebruchs	95
	b) Entkriminalisierung der Beweisanfor- derungen	96
	c) Versachlichung des Verfahrens	98
	d) Einverständliche Ehebruchsscheidung	101
	e) Zusammenfassung	102

3. Das subjektive Tatbestandsglied	102
a) Der Zweck des subjektiven Tatbestands	102
b) Subjektiver Beurteilungsmaßstab	104
c) Die Unerträglichkeit des Zusammenlebens - Das Problem der Kausalität	107
aa) Independenz-Theorie	107
bb) Nexus-Theorie	108
cc) Wertung nach Maßgabe des Zerrüttungsprinzips	110
dd) Unerträglichkeit aufgrund eigenen Verhaltens	113
d) Der Ehebruchstatbestand nach Cleary v. Cleary	115
aa) Anwendung der Independenz-Theorie	115
bb) Grenzen der Independenz-Theorie	117
4. Zusammenfassung	118
II. Eheliches Fehlverhalten - 'unreasonable' behaviour -	122
1. Der Begriff des Verhaltens (behaviour)	122
2. Wertungsmaßstab	124
3. Die Generalklausel ehelichen Fehlverhaltens	127
a) Konkretisierung aus der Systematik des Gesetzes	128
aa) Eheliche Grausamkeit (cruelty)	128
bb) Ehebruch und eheliches Fehlverhalten	129
cc) 'Fiktive' Verlassung	130
dd) Unheilbare Geisteskrankheit	136
ee) Sonderscheidungsgründe der Ehefrau	137
ff) Zusammenfassung	137
b) Konkretisierung der Generalklausel durch die Rechtsprechung	138
aa) Der gemischt objektiv-subjektive Wertungsmaßstab	139
bb) Die Qualifizierung des Verhaltens	142
cc) Konflikt: Verfehlung - Zerrüttung	146
dd) Zusammenfassung	150
III. Böswillige Verlassung	155
1. Begriff und Abgrenzung	156
2. 'factum deserendi'	159
3. 'animus deserendi'	160
4. Konflikt: Verfehlung - Zerrüttung	163

IV. Zwei Jahre Getrenntleben und Einwilligung in die Scheidung	167
1. Der objektive Tatbestand des Getrenntlebens	169
a) Der Begriff des gemeinsamen Haushalts	169
b) Die neuere Rechtsprechung	171
aa) Mouncer v. Mouncer	171
bb) Fuller v. Fuller	173
2. Getrenntleben und endgültige Zerrüttung	175
a) Objektive Theorie	176
aa) Getrenntleben als Indikator	176
bb) Getrenntleben und Aussöhnungsaussichten	177
cc) Zeitpunkt der endgültigen Zerrüttung	178
b) Subjektive Theorie	180
aa) Identität von Getrenntleben und endgültiger Zerrüttung	180
bb) Kontinuität und Kongruenz der englischen und der Commonwealth Rechtsprechung	181
cc) Aufgabe des 'consortium vitae'	182
dd) Publizität der Willensentschließung	183
ee) Untersuchungspflicht des Gerichts	185
c) Wertung und Konsequenzen der Entscheidung Santos v. Santos	187
aa) Verwirklichung des Zerrüttungsgrundsatzes	187
bb) Verschlichung des Scheidungsverfahrens	189
cc) 'Relative' Gerechtigkeit der subjektiven Theorie	191
dd) Förderung der Aussöhnung der Ehegatten	194
3. Die Scheidungsvoraussetzung der Einwilligung	195
a) Die Einwilligung als Rechtsgrund der Scheidung	196
aa) Einwilligung und offene Konventionalscheidung	196
bb) Einwilligung und Zerrüttungsprinzip	198
b) Das Einwilligungserfordernis als Schutzvorschrift zugunsten des Beklagten	199
aa) Verschlichung des (streitigen) Verfahrens	201
bb) Wirksamkeitsvoraussetzungen und Widerrufbarkeit der Einwilligung	202
cc) Einwilligung und Scheidungsfolgen	205
c) Kritik des Einwilligungserfordernisses	206

V. Fünf Jahre Getrenntleben	207
1. Das Problem der Verstoßungsscheidung	208
a) Die Argumente gegen die einseitige Auflösbarkeit der Ehe	209
aa) Wirtschaftliche Interessen des beklagten Ehegatten	209
bb) Statusverlust	210
cc) Religiöse Überzeugung	211
dd) Billigkeit	211
ee) Die besondere Lage der Ehefrau in den mittleren Jahren	211
b) Die Gründe für die grundsätzliche Scheidbarkeit der Ehe gegen den Wider- spruch des Ehegatten	212
aa) Das öffentliche Interesse	212
bb) Beständige unrechtmäßige Verbindungen	213
cc) Gleichstellung von Mann und Frau	214
2. Der Zerrüttungstatbestand des fünfjährigen Getrenntlebens	215
a) Getrenntleben: Ursächlichkeit und Verschulden	216
b) Kritik der Dauer des Getrenntlebens	217
3. Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des Rechtsbandes in Härtefällen	219
a) Höherrangige Interessen	221
aa) Interessen des Beklagten	221
bb) Interessen der Kinder der Ehe	221
cc) Ansehen der Rechtspflege	222
dd) Öffentliches Interesse an der Institution Ehe	222
ee) Interessen sonstiger Betroffener	222
b) Möglichkeit der gesetzlichen Interessen- sicherung	223
c) Härteklausele	224
aa) Berücksichtigungsfähige Interessen	225
bb) Grundsätzlicher Vorrang des Zerrüttungs- prinzips	227
d) Die einseitige Getrenntlebensscheidung in der Scheidungsstatistik	228

<u>Fünfter Teil:</u>	VERHINDERUNG DER SCHEIDUNG NICHT ENDGÜLTIG ZERRÜTTETER EHEN	230
A)	<u>Schutz vor verfrühter oder fälschlicher Annahme der endgültigen Zerrüttung</u>	230
I.	Inquisitionsmaxime und gesetzliche Zerrüttungsvermutung	230
1.	Notwendigkeit der gerichtlichen Unter- suchung	231
2.	Widerleglichkeit der Zerrüttungsver- mutung	233
II.	Beteiligung des Queen's Proctor am Verfahren	235
III.	Besondere Sicherungen bei der Einwilli- gungsscheidung	237
IV.	Besondere Zerrüttungsprüfung bei einsei- tigem Scheidungsverlangen nach fünfjährigem Getrenntleben	237
V.	Dreijahresfrist - Zugleich zur Frage der Sperrfristen als Mittel zur Stärkung der Dauerhaftigkeit der Ehe	238
1.	Tatbestand und Zweck der Dreijahresfrist	238
2.	Rechtsschutz innerhalb der Sperrfrist	241
3.	Verhaltenssteuerung durch das Scheidungs- recht	243
a)	Sperrfrist und Zerrüttungsgrundsatz	243
b)	Scheidungsrecht und soziale Wirklichkeit	244
aa)	Die Faktoren ehelicher Zerrüttung	244
bb)	Die Einflußmöglichkeiten des Scheidungsrechts	246
c)	Kritik der Wirksamkeit der Sperrfrist	249
aa)	Individuelle Gesichtspunkte	249
bb)	Öffentliches Interesse	250
cc)	Zusammenfassung	252
B)	<u>Verhinderung des Eintritts der endgültigen Zerrüttung</u>	253
I.	Entstehung und Entwicklung der Aussöhnungs- vorschriften	254
1.	Gesetzgebung und staatliche Maßnahmen	254
2.	Der Aussöhnungsgedanke in der Rechtsprechung	257
3.	Aussöhnung und Schuldprinzip	258

II. Die Konzeption der Aussöhnung im sozialen Kontext	260
1. Institutionelle Förderung der Ehestabilität	261
a) Gerichtliches Verfahrensschema	261
b) Staatliche und freie Eheberatungsstellen	263
2. Bedingungen und Methoden der Beratungs- und Aussöhnungsarbeit	264
a) Die Funktion der Eheberatung	264
b) Der heutige Aussöhnungsbegriff	267
c) Die therapeutische Funktion des Scheidungsrichters	269
III. Aussöhnung im Scheidungsreformgesetz	271
1. Aussöhnung als Schwerpunkt des Reformgesetzes	271
2. Die Aussöhnungsvorschriften des Gesetzes	273
a) Förderung der Aussöhnung durch den Anwalt	274
aa) Grundsatz	274
bb) Rahmenbedingungen der Wirksamkeit	276
b) Förderung der Aussöhnung durch das Gericht	278
aa) Grundsatz	278
bb) Rahmenbedingungen der Wirksamkeit	279
c) Zusammenfassung	283
d) Mittelbare Förderung der Aussöhnung - Versuchsperiode für die Ehegatten -	288
aa) Änderungen gegenüber dem früheren Recht	289
bb) Überschreitung der Aussöhnungsfrist	290
e) Zusammenfassung und Kritik	297
<u>Sechster Teil: INTERESSENAUSGLEICH IM FALL DER ENDGÜLTIGEN ZERRÜTTUNG</u>	302
A) <u>Zusammenhang zwischen Interessenausgleich und Zerrüttungsprinzip</u>	302

B) <u>Potentielle Einflußmöglichkeit und Gefährdung des Zerrüttungsgrundsatzes im Scheidungsfolgenrecht - Die Ausgangslage -</u>	305
I. Die Bedeutung schuldhafter Eheverfehlungen für den Interessenausgleich	305
1. Eheverfehlung und Scheidungsurteil	305
2. 'conduct' als Entscheidungskriterium	307
3. Fortgeltung früherer Grundsätze	310
4. Zusammenfassung	311
II. Einschränkungen und Durchbrechungen des Zerrüttungsprinzips im Rahmen des Interessenausgleichs	312
1. Aufschub des Scheidungsurteils	313
2. Materielle und immaterielle Härteklauseel	317
a) Das Ermessen des Gerichts	318
b) Ermessensschränken	321
c) Soziale Effektivität	324
d) Zusammenfassung	327
C) <u>Das Zerrüttungsprinzip in der Rechtsprechung zum Interessenausgleich</u>	328
I. Statistische Relevanz	328
II. Überblick über den Standort der Rechtsprechung	329
III. Relevanz des Schuld faktors	331
IV. Die Härteklauseel in der Entscheidungspraxis	334
1. Schwere finanzielle Härte	335
2. Immaterielle Härte	339
3. Interessenabwägung	341
4. Die Schutzfunktion der Härteklauseel im Verhältnis zu s.6 des Gesetzes	343
5. Zusammenfassung	345
<u>Siebter Teil: SCHLUSSBETRACHTUNG</u>	348
A) Gesamtüberblick	348
B) Weitere Entwicklungstendenzen	351

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Abse, Leo The Inevitability of the Matrimonial Offence
(1965) 62 Gaz. 205
- Alefounder, R.T. Reconciliation in Divorce Cases
(1971) 115 Sol. J. 25
- Allen, Carleton
 Kemp (Sir) Law in the Making
 7th.ed.Oxford 1964
- Annesley, George Five Year's Separation
(1973) 117 Sol.J. 404
- Applications under Section 6 of Divorce Reform
 Act by A.V.C. and O.T.W.
(1971) 121 NLJ 659
- Baker, George (Sir) The View from the Family Division
(1972) 69 Gaz. 5
- Bandali, S.M. Mental Abnormality and "Unreasonable Conduct"
(1973) 123 NLJ 485
- Bannister, Kathleen Social Casework in Marital Problems
 London 1955
- Barton, J.L. Questions on the Divorce Reform
 Act 1969
(1970) 86 LQR 348
- Bates, Frank Separation and Desertion - A Commonwealth Postscript
(1971) 34 MLR 418
- Desertion and Separation under the New Law - A Commonwealth Survey. Journal of the Association of Law Teachers
 1971 vol. V, 6
- Divorce Costs: some Random Reflections on Recent Developments in Commonwealth Jurisdictions
(1973) 2 AALR 188
- Beyfus, Drusilla The English Marriage. What it is like to be married today
 London 1968
- Biggs, John, M. The Concept of Matrimonial Cruelty
 London 1962
- Biestek, Felix P. The Casework Relationship
 Chicago 1957
- Bissett-Johnson, A. The Continued Relevance of the Fault Principle in Matrimonial Law
(1973) 3 Fam. Law 5

- Blumenwitz, Dieter Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht
München 1971
- Bohndorf, Michael T. Recent Developments in German Divorce Law
(1970) 19 ICLQ 705
- Bosch, F.W. Eherecht in Gefahr?
FamRZ 1971, 63
- Boschan, Siegfried Europäisches Familienrecht
5.Aufl. München 1972
- Breithaupt, Walter Konventionalscheidungen nach künftigen Recht
ZRP 1973, 289
- Bromley, P.M. The Economic Effects of the Breakdown of Marriage Otherwise than on Death. The Journal of the Society of Public Teachers of Law
1966/67 vol. IX, 205
- Family Law
3rd ed.London 1966
4th ed.London 1971
- "Living Apart" in the Law of Divorce
(1972) 88 LQR 328
- Brown, George Breakdown of Marriage
(1970) 120 NLJ 341
- Divorce Reform Act 1969, General Conclusions
(1970) 120 NLJ 75
- Case Law under Act of 1969
(1971) 121 NLJ 1042
- Rule 55 (3) and the Facts Relied On
(1971) 121 NLJ 1149
- Grave Financial or Other Hardship
(1971) 121 NLJ 516
- The Act of 1969. The First Year
(1972) 122 NLJ 528
- Brown, L.Neville Matrimonial Problems and the Probation Service
(1963) 60 Gaz. 151
- Brühl, G. Besprechung von: Wolf/Lüke, Eheverfehlung etc., aaO.
FamRZ 1969, 381
- Bundesregierung Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts
(Gesetzentwurf der Bundesregierung)
BT-Drucksache VI/2577

- Burton, Ivor F.
and Drewry, Gavin Public Legislation: A Survey of the
Session 1968/69
Parliamentary Affairs 23 (1970) 169
- Busekist, Otto von Das Familiengericht in den USA
Köln/München 1970
- Campbell, Bruce HC Standing Committee B
Official Report, 29.1.1969 col. 6
- Carter, Hugh and
Glick, Paul Marriage and Divorce: A Social and
Economic Study
Cambridge 1970
- Chester, Robert and
Streather, Jane Taking stock of Divorce
(1971) 18 New Society, 153
- Chloros, A.G. Principle, Reason and Policy in the
Development of European Law
(1968) 17 ICLQ 849
- Civil Judicial
Statistics For the Year 1971
Cmd. 4982 HMSO

For the Year 1972
Cmd. 5333 HMSO
- Cole, Godfrey Single Household Divorces
(1974) 124 NLJ 171
- Cretney, Stephen The Maintenance Quagmire
(1970) 33 MLR 662

When does "Living Apart" start?
(1971) 115 Sol.J. 295

Excluding Husband from Home
(1971) 121 NLJ 376

Financial Provision -
The New Case Law
(1972) 122 NLJ 24

Financial Provision in Practice
(1972) 122 NLJ 48

Financial Provision after Wachtel v.
Wachtel
(1973) 36 MLR 653

Financial Provision: the New Law
(1973) 117 Sol.J. 347
- Cross, Rupert Precedent in English Law
2nd. ed. Oxford 1968

Final Report of the Committee on
Procedure in Matrimonial Causes
(The Denning Committee)
(1947) 10 MLR 184
- David-Grasmann Einführung in die großen Rechts-
systeme der Gegenwart
München, 1966

- Davies, C.E.P. Matrimonial Relief in English Law
in: Graveson & Crane, A Century of
Family Law,
aaO. S.311
- Deech, Ruth I. Comparative Approaches to Divorce:
Canada and England
(1972) 35 MLR 113
A Tide in the Affairs of Women
(1972) 122 NLJ 742
Immigrants and Family Law
(1973) 123 NLJ 110
- Denning, Alfred (Lord) The Changing Law
London 1953
Vorwort zu: Friedmann, Law and Social
Change in Contemporary Britain, aaO.
Vorwort zu: Latey, The Tide of
Divorce, aaO.
HL Debates on Divorce 23.11.1966
Hansard vol. 278 col. 309
- Denning Committee Committee on Procedure in Matrimonial
Causes. Second Interim Report.
Cmnd. 6945 HMSO 1946
Final Report
Cmnd. 7024 HMSO 1946
- Devlin, Patrick (Lord) The Enforcement of Morals
Oxford 1970
- Dicks, Henry V. Marital Tensions. Clinical Studies
towards a Psychological Theory of
Interaction
London 1967
The Medico-Psychological Approach
(1970) 120 NLJ 1045
- Dicey, Albert Venn Law and Public Opinion in England in
the Nineteenth Century (2nd.ed.1914)
2nd.ed. London 1962
- Dominian, Jack Marital Breakdown
Harmendsworth 1968
- Earnshaw, TK. and Conduct and Financial Provision
Pace, P.J. (1971) 121 NLJ 856
- Eekelaar, John Family Security and Family Breakdown
Harmondsworth 1971
Effect of conduct in divorce proceed-
ings
(1974) 90 LQR 291
Intolerable adultery
(1974) 90 LQR 292

- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts
2. Aufl. Tübingen 1964.
Zitierweise: Grundsatz und Norm
Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht
JZ 1953, 521
Buchbesprechung
RabelsZ 18 (1953), 756
- Farnborough, Louis Henry Das neue englische Ehescheidungsrecht.
NJW 1971, 311
- Feick, Paul Gegenseitige Einwilligung als Scheidungsgrund
Berlin, Leipzig 1910/11
Neudruck: New York 1968
- Finlay, H.A. and Bissett-Johnson, A. Family Law in Australia
Melbourne 1972
- Fletcher, Ronald The Family and Marriage in Britain
An Analysis and Moral Assessment
Harmondsworth 1966
The Making of the Modern Family
in: Elliott, Katherine, The Family and its Future
London 1970, S.173
- Foster, H. The Inter-Relation between Law and Psychiatry in Matrimonial Problems
(1968) 2 FLQ 266
- Freeman, M.D.A. The Search for a Rational Divorce Law
(1971) 24 Current Legal Problems, 178
Wilful Refusal to Consummate a Marriage
Divorce or Nullity?
(1971) 1 Fam.Law 154
Adultery and Intolerability
(1972) 35 MLR 98
- Friedmann, Wolfgang Law and Social Change in Contemporary Britain
London 1951
Legal Theory
5th.ed. London 1967
Law in a Changing Society
2nd.ed. Harmondsworth 1972
- Fuchs, Dieter Die Zerrüttung der Ehe
Köln 1961
- Gardiner, (Lord Chancellor) HL. Parliamentary Debates
Divorce Reform Bill 2nd Reading
30.6.1969
Hansard vol. 303 Cols. 313-327

- Gibson, Colin
The association between divorce and social class in England and Wales
Brit. J. Soc.25 (1974) 79
- Gibson, C. and
Beer, A.
The Effect of Legal Aid on Divorce in England and Wales
(1971) 1 Fam.Law 122
- Giesen, Dieter
Objektive Ehezerrüttung-alleiniger Scheidungstatbestand? FamRZ 1966,524
Englisches Familienrecht FamRZ 1967,434
Aktuelle Probleme einer Reform des Scheidungsrechts - Frankfurt 1971
Buchbesprechung FamRZ 1972, 53
Grundlagen und Entwicklung des englischen Ehrechts in der Neuzeit bis zum Beginn des 19.Jahrhunderts
Bielefeld 1973
- Ginsberg, Morris
(Editor)
Law and Opinion in England in the 20th Century
London 1959
- Ginsberg, Morris
The Growth of Social Responsibility in: Ginsberg, Law and Opinion... aaO.
On Justice in Society
Harmondsworth 1965
- Goode, William J.
After Divorce
Glencoe 1956
World Revolution and Family Patterns
London 1963
Marital Satisfaction and Instability: A Cross-Cultural Class Analysis of Divorce Rates
in: Glasser, Paul H. and Glasser, Lois N.: Families in Crisis
New York, London 1970
Family Disorganization,
in: Merton & Nisbet,
Contemporary Social Problems
3rd. ed.New York 1971
Soziologie der Familie
München 1973
Explorations in Social Theory
London 1973
- Gorell Commission
Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes
Cmd. 6478 HMSO 1912
- Grant, Anthony
Casanova's Charter Revisited
(1972) 122 NLJ 784

- Graveson, R.H.
Status in the Common Law
London 1953
Zitierweise; Status
The Background of the Century
in: Graveson and Crane, A Century
of Family Law 1857 - 1957, aaO.
The Future of Family Law
in: Graveson and Crane aaO.
- Graveson, R.H. and
Crane, F.R.
(Editors)
A Century of Family Law 1857 - 1957
London 1957
- Goodhart, A.L.
Wilful Neglect by Psychotic Husband
(1973) 89 LQR 169
- Grayson, E.
Elections under Section 6
(1972) 122 NLJ 637
- Griew, E.J.
Marital Reconciliation - Contexts
and Meanings
(1972:A) 30 CLJ 294
- Hall, J.C.
Condonation of Matrimonial Offence
(1965) 23 CLJ 51
Encouraging Reconciliation of
Dissident Spouses
(1967) 25 CLJ 179
A New Basis for Divorce
(1970) 28 CLJ 45
- Halsbury's Laws of
England
3rd.ed.vol. 12: Divorce
Cumulative Supplement 1972 Current
Service
- Halsey, Albert, Henry
Trends in British Society since 1900.
A Guide to the Changing Social
Structure of Britain
London 1972
- Hammond, Peter B.
Anthropology. An Introduction to
Cultural and Social Anthropology
New York, London 1971
- Harvey, Lionel (Sir)
HC Standing Committee B
Official Report 29.1.1969 col. 4
- Henrich, Dieter
Einführung in das englische Privat-
recht
Darmstadt 1971
- Herbert, Alan Patrick
(Sir)
Holy Deadlock
London 1934
The "Ayes" have it
London 1937

XIX

- Holden, A.C. Divorce in the Commonwealth.
A Comparative Study
(1971) 20 ICLQ 58
- Holdsworth, William Seare (Sir) A History of English Law
Ed. by A.L. Goodhart and H.G. Hanbury
London 1965
- Holt, Nancy Counselling in Marriage Problems
London 1971
- Irvine, Alexander Old Law Revived ?
(1971) 34 MLR 194
- The Concept of "Reconciliation" and
the Matrimonial Causes Act 1963
(1966) 82 LQR 525
- Report of the Mortimer Group
(1967) 30 MLR 72
- Jackson, Joseph The Formation and Annulment of
Marriage
2nd. ed. London 1969
- The New Matrimonial Law
(1971) 1 Fam. Law 59
- Jackson, R.M. The Machinery of Justice in England
6th ed. Cambridge 1972
- James, E.O. Marriage and Society
London 1952
- James, Philip S. Introduction to English Law
8th. ed. London 1972
- Johns, E.A. The Social Structure of Modern Britain
2nd. ed. Oxford 1972
- Johnson, Charles H. Marriage Breakdown
(1963) 60 Gaz. 836
- Joyce, George, Hayw. Christian Marriage: An Historical
and Doctrinal Study
London, New York 1933
- Kahn-Freund, Otto Divorce Law Reform?
(1956) 19 MLR 573
- The Law Commission, Reform on the
Grounds of Divorce. The Field of
Choice
(1967) 39 MLR 180
- Karminski, Seymour (Sir) Family Law
in: Ginsberg, Law and Opinion in
England in the 20th Century, aaO.
S.286
- Keesing, Roger M. Anthropology. New Perspectives in
Cultural Anthropology
London 1971

- Kennedy, Ian McColl Transsexualism and Single Sex Marriage
(1973) 2 AALR 112
- Kiralfy, Albert K.R. The English Legal System
4th ed. London 1967
English Law
in: Duncan, I. and Derrett, M.
An Introduction to Legal Systems
London 1968
- Kirk, Kenneth E.
(Lord Bishop)
- König, René Marriage and Divorce
2nd. ed. London 1948
Sociological Introduction - Chapt.1
(Introduction) to vol.IV: Persons
and the Family
International Encyclopedia of
Comparative Law
Tübingen, Mouton, The Hague
Paris 1974
- Lacey, T.A. Marriage in Church and State
London 1912, revised ed. London 1947
- Lasok, Dominic Reforming the Divorce Law:
a Critical Appraisal. I, II, III
(1968) 112 Sol. J. 430, 453, 471
The Illusion of Grave Financial
Hardship
(1971) 121 NLJ 1005
- Latey, William The Tide of Divorce
London 1970
- Law Commission Reform of the Grounds of Divorce,
The Field of Choice
Cmd. 3123 HMSO 1966
Second Programme of Law Reform
1968, No. 14
Reform of Grounds of Divorce, 3rd
Annual Report, App. III
1968, No. 15
Family Property Law
Working Paper No. 42, 1971
Matrimonial Causes Bill. Report on
the Consolidation of Certain Enact-
ments Relating to Matrimonial Procee-
dings etc.
No. 51, Cmd. 5167 HMSO 1972
- Leslie, Gerald, R. The Family in Social Context
London 1973

- Levin, Jennifer The Divorce Reform Act 1969
(1970) 33 MLR 632
- Lipstein, Kurt Research in Family Law. The Break-
down of Marriage; Prevention and Re-
lief
The Journal of the Society of Public
Teachers of Law
1966/67 vol. IX, 220
- Littler, Philip Divorce Reform Act. Principle and
Logic
(1973) 123 NLJ 1096
- MacRae, Donald G. Sociological Considerations
Appendix F zu: Putting Asunder,
A Divorce Law for Contemporary
Society, aa0.
- Maine, Henry Sumner (Sir) Ancient Law: its connections with the
early history of Society, and its
relations to modern ideas.
New ed. by Pollock, London 1930
- Manchester, A.H. and Marital Conciliation in England and
Whetton, J.M. Wales
(1974) 23 ICLQ 339
- Marton, J.H. Zur Reform des Scheidungsrechts in
England
ZRP 1970, 140
- Maxwell On the Interpretation of Statutes
12 th ed. by P.St. J. Langan
London 1969
- McGregor, O.R. Divorce in England. A Centenary Study
London 1957
- McGregor, Blom-Cooper and Separated Spouses. A Study of the
Gibson Matrimonial Jurisdiction of Magistrates'
Courts
London 1970
- Memorandum of the Magistrates' Association
Local Family Courts (Review)
(1972) 69 Gaz 923
- Mikat, Paul Rechtsgeschichtliche und rechtspo-
litische Erwägungen zum Zerrüttungs-
prinzip
FamRZ 1962, 81, 273, 497
FamRZ 1963, 65
Scheidungsrechtsreform in einer
pluralistischen Gesellschaft
FamRZ 1970, 333
- Michaels, Naomi E. The "Kiss and Make up" Clause
(1965) 22 MLR 101
- Mitchell, Basil Law, Morality and Religion in a
Secular Society
London 1967

- Mogey, John Sociology of Marriage and Family Behavior
1957 - 1968
The Hague, Paris 1971
- Monger Husband, Wife and Caseworker
London 1971
- Morgan, M.P. Divorce after 5 years' separation
(1973) 70 Gaz. 1607
- Morris, David The End of Marriage
London 1971
- Mortimer, R.C. (Lord Bishop of Exeter) Divorce and the Church
(1972) 2 Fam. Law 189
- Mortlock, Bill The Inside of Divorce
A Critical Examination of the System
London 1972
- Morton Commission Royal Commission on Marriage and Divorce
Report 1951 - 1955
Cmd. 9678 HMSO 1956
- Mostyn, F.E. The Present Divorce System:
The Judicial Approach.
(1970) 120 NLJ 450
Proposals for the Future
(1970) 120 NLJ 505
- Motsch, Richard Das englische Scheidungsreformgesetz 1969
FamRZ 1970, 352
Buchbesprechung
RabelsZ 32 (1968), 380
- Müller-Freienfels, Wolfram Ehe und Recht
Tübingen 1962
Family Law and the Law of Succession in Germany
(1967) 16 ICLQ 409
Zur englischen Scheidungsreform
JZ 1970, 318
Über "Familiengerichte", insbesondere in den USA
ZVergl.RW 73 (1973), 117
- Munro, Hector A. Retirement Pensions After Divorce
(1971) 121 NLJ 159
- Neuhaus, Paul Heinrich Ehescheidungsgründe in rechtsvergleichender Sicht
RabelsZ 32 (1968), 24
Was heißt "Zerrüttung der Ehe"?
Eine terminologische Studie
FamRZ 1968, 57
Wann ist die Ehe zerrüttet?
ZRP 1972, 155

- Noble, Trevor Family Breakdown and Social Networks
Brit. J. Soc. 21
(1970) 135
- Oerton, R.T. Reforming the Divorce Law:
a Rejoinder I, II
(1968) Sol. J. 550, 572
- Oerton, R.T. and
Green, A.R. Marriage Breakdown
(1963) 60 Gaz. 655
- O'Neill, Nena and George Open Marriage, a new life-style
for couples (Review by H.F.Lenon)
(1972 - 73) Journal of Family Law, 316
- O'Neill, P.T. The Matrimonial Causes Act 1973
(1973) 36 MLR 639 }
- O'Sullivan, R. A Century of Divorce Jurisdiction
(1857 - 1957)
(1957), 10 Current Legal Problems 12
- Parkinson, G. Marriages on Probation
(1969) 13 New Society, 195
- Passingham, Bernard Divorce Law and Proceedings-
The Winds of Change
(1969) 66 Gaz. 40

Divorce Reform Act 1969
London 1970

Law and Practice in Matrimonial
Causes
London 1971
- Paulsen, Monrad G. Divorce - Canterbury Style
(1966) 8 New Society, 185
- Perkins, Samuel T. and
Silverstein Arthur J. The Legality of Homosexual Marriage
(1973) 82 The Yale Law Journal, 573
- Polak, Lawrence A. The Divorce Reform Act 1969,
s.2(1)(a) Adultery and Intolerability
(1972) 2 Fam. Law 164

Report on Wachtel v. Wachtel
(1972) 2 Fam. Law 136
- Pollard, Robert S.W. The Problem of Divorce
London 1958
- Pollock and Maitland The History of English Law
Reissued by S.F.C. Milsom; vol.2
Cambridge 1969
- Putting Asunder A Divorce Law for Contemporary Socie-
ty, The Report of a Group appointed
by the Archbishop of Canterbury
London 1966
Zitierweise: Putting Asunder
- Puxon, Margaret Family Law
Harmondsworth 1971
- Radbruch, Gustav Der Geist des englischen Rechts
Göttingen 1958

- Rayden Law and Practice in Divorce and Family Matters
11th ed.; Editor: Jackson, Joseph
London 1971
Zitierweise: Rayden
Second (Cumulative) Supplement to 11th ed.
London 1972
- Redmount, Robert S. An Analysis of Marriage Trends and Divorce Policies
(1957) 10 Vand. LR 513
- Reid, (Lord) HL Parliamentary Debates
Divorce Reform Bill 13.10.1969
Hansard vol. 304 cols. 1273 - 1276
- Reynold , Heinrich Zum neuen englischen Scheidungsrecht
DRiZ 1971, 303
- Rheinstein, Max Marriage Stability, Divorce and the Law
Chicago, London 1972
Zitierweise: Marriage Stability
The Family and the Law - Chapter 1 (Introduction) to vol. IV: Persons and the Family.
International Encyclopedia of Comparative Law
Tübingen, Mouton, The Hague, Paris 1974
Zitierweise: Family
The Law of Divorce and the Problem of Marriage Stability
(1956) 9 Vand. LR 633
- Rosen, Lionel Matrimonial Offences
2nd. ed. London 1965
- Rosenbaum, Salo and Alger, Ian The Marriage Relationship
Psychoanalytic Perspectives
London 1968
- Salmond On Jurisprudence
12th ed. by P.J. Fitzgerald
London 1966
- Samuels, Alec The New Divorce Law
(1970) 67 Gaz. 179
Reconciliation in Divorce Cases
(1971) 121 NLJ 834
Financial Provision, The New Law
(1972) 122 NLJ 864
Divorce: The Working of the New Act
(1972) 69 Gaz. 370
Family Courts - The Future
(1972) 122 NLJ 133

- Saunders, Ina Children and Divorce
(1971) 1 Fam. Law 189
- Scarman, Leslie (Sir) Achievements and the Way Ahead
(jetzt: Lord Justice) (1971) 121 NLJ 671
Geleitwort:
(1971) 1 Fam. Law 2
- Seidl, Helmut Neue Tendenzen im englischen und
deutschen Scheidungsrecht
München 1973
- Seiler, Dietmar Einführung in die Reformarbeit zum
englischen Ehescheidungsrecht
in: Wolf/Lüke, aaO.
- Selby, O.M. Development of Divorce Law in
Australia
(1966) 29 MLR 473
- Simon, Jocelyn (Sir) The Seven Pillars of Divorce Reform
(jetzt: Lord) (1965) 62 Gaz. 344
Recent Developments in the Matrimo-
nial Law
The Riddell Lecture 1970
abgedruckt als App. VII zu Rayden
aaO. S.3227
Judicial Processes in England
The Bramley Memorial Lecture
(1973) 70 Gaz. 2061
- Statistics on Judicial Lord Chancellor's Department
Administration HMSO 1973
- St. John Stevas, Norman HC Standing Committee C
Official Report 3.4.1968 col. 84
- Stone, Olive, M. Matrimonial Causes Act 1963
(1963) 26 MLR 675
Moral Judgements and Material Provi-
sion in Divorce
(1969) 3 FLQ 371
The Family and the Law in 1970
in: Elliot, Katherine, The Family
and its Future
London 1970, S.87
- Stone, O. and Family Law
Gerard, A. in: Gardiner and Martin,
Law Reform Now?
London 1963
- Stow Hill (Lord) HL Parliamentary Debates
Divorce Reform Bill 2nd Reading
30.6.1969
Hansard vol. 303 col. 298

- Tindall, Nicholas Reconciliation and the Divorce Reform Act 1969
(1971) 68 Gaz. 37
- Todd, Stephen "Living Together" in the Divorce Reform Act
(1972) 2 Fam. Law 112
- Toffler, Alvin Der Zukunftsschock
(The Future Shock)
Bern, München 1970
- Tolstoy, D. and
Kenworthy, C. On Divorce and Matrimonial Causes including Proceedings in Magistrates' Courts
7th. ed. London 1971
Zitierweise: Tolstoy
- Turner, Christopher Family and Kinship in Modern Britain
London 1969
- Turner, J. Neville Australian and German "Breakdown" Provisions Compared
(1969) 18 ICLQ 896
- Vickers, C.E. Hardship and how to overcome it
(1973) 123 NLJ 240
- Walker, R.T. and
Walker, M.G. The English Legal System
3rd. ed. London 1972
- Wallis, J.H. Marriage Guidance. A New Introduction
London 1968
- Waters, R.L. Divorce Reform Act 1969. I, II, III
(1970) 114 Sol.J. 726, 745, 760
Divorce Reform Act 69 - Retrospect
I, II
(1972) 116 Sol. J. 303, 326
- Watson, Andrew S. Psychoanalysis and Divorce
in: Rosenbaum and Alger,
The Marriage Relationship
aaO. S. 321
- Webb, Patricia M. Breakdown versus Fault. Recent Changes in United Kingdom and New Zealand Divorce Law
(1965) 14 ICLQ 194
- Wells, Alan Social Institutions
London 1970
- Westermarck, Edward History of Human Marriage
5th. ed. London 1925
- Wolf, Ernst und
Lüke, Gerhard Eheverfehlung, Ehezerrüttung und einverständliche Scheidung in den Vorschlägen zur Reform des Ehescheidungsrechts in England
Köln 1969
Zitierweise: Wolf/Lüke

Yardley, D.C.M.

The Future of the Law
London 1964

Zippelius, Reinhold

Das Wesen des Rechts
München 1969

Zweigert-Kötz

Einführung in die Rechtsvergleichung
auf dem Gebiete des Privatrechts
Tübingen 1971

XXVIII

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

AALR	Anglo-American Law Review
AC	Appeal Cases
All ER	All England Law Reports ⁺⁾
App.	Appendix
Brit.J.Soc.	British Journal of Sociology
CA	Court of Appeal
Ch	Chancery Division (Cases)
CLJ	Cambridge Law Journal
DLR	Dominion Law Reports
Fam.	Family Division (Cases)
Fam.Law	Family Law
FD	Family Division of the High Court
Gaz.	Gazette: The Official Journal of the Law Society
Hag.Con.	Haggard Consistorial Court (Cases)
Hag.Eccl.	Haggard Ecclesiastical Court (Cases)
HC	House of Commons
HL	House of Lords
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
KB	King's Bench (Cases)
LQR	Law Quarterly Review
LR	Law Reports
MLR	<u>Modern Law Review</u>
NLJ	New Law Journal
NZLR	New Zealand Law Reports
P	Probate, Divorce and Admiralty Division (Cases)
para.	paragraph
P & D	Probate and Divorce (Cases)
s.	section
Sched.	Schedule
Suppl.	Supplement

⁺⁾ vgl. Anmerkung S. XXIX

Sol. J.	Solicitors' Journal
Times	The Times Law Reports
Vand.LR	Vanderbilt Law Review
WLR	Weekly Law Reports

⁺) Anmerkung: Infolge eines redaktionellen Versehens werden die All England Law Reports in den folgenden Fußnoten überwiegend mit der Abkürzung AllER zitiert. Die übliche Zitierweise ist demgegenüber All ER oder All E.R.

Bei der Übersetzung von englischen Texten ins Deutsche ist in Zweifelsfällen der inhaltlichen Genauigkeit der Vorzug vor der stilistischen Form gegeben worden.

Erster Teil: EINFÜHRUNG

Die Entwicklung des Scheidungsrechts zahlreicher europäischer und außereuropäischer Länder zeigt in den letzten Jahrzehnten eine allgemeine, wenn auch nicht einheitliche Tendenz in Richtung auf eine Liberalisierung der Ehescheidung⁽¹⁾. Die Reformdiskussionen, die fast durchweg unter der Alternative 'Verschuldens- oder Zerrüttungsprinzip' gestanden sind⁽²⁾, haben in den gesetzlichen Neuregelungen im Ergebnis zur Abschwächung oder Abschaffung des Verschuldensprinzips zugunsten objektiver Scheidungsvoraussetzungen geführt⁽³⁾. Die allgemeine Entwicklung der Zerrüttungstatbestände ist dabei, wie Esser bereits 1956 festgestellt hat, völlig homogen verlaufen⁽⁴⁾.

Diese Einheitlichkeit erklärt sich aus der Tatsache, daß die Problematik der Scheidungsgründe in allen Industriestaaten des abendländischen Kulturkreises, die überhaupt eine Ehescheidung dem Bande nach kennen, wegen der "teils bleibenden, teils zeitbedingten menschlichen und sozialen Vorgegebenheiten" im Grunde dieselbe ist⁽⁵⁾.

- (1) Friedmann, *Law in a Changing Society*, S.244; Rheinstein, *Marriage Stability* S.311, 313; vgl. Chloros, *Principle, Reason and Policy in the Development of European Law* (1968) 17 ICLQ 857
- (2) Neuhaus, *Ehescheidungsgründe in rechtsvergleichender Sicht*, *RabelsZ* 32 (1968), 24
- (3) vgl. Friedmann, aaO.; Bundesregierung, *Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts* BT-Drucksache VI/2577 S.32; (im weiteren abgekürzt: Bundesregierung, *Gesetzentwurf*)
Übersichten über die Neuregelungen der letzten Jahre finden sich im Gesetzentwurf, aaO. S.32, 33, sowie bei Chloros, aaO. S.856; Freeman, *The Search for a Rational Divorce Law*, (1971) 24 *Current Legal Problems*, 178, 179; vgl. zur europäischen Entwicklung auch Mikat, *Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip*, *FamRZ* 1962, 81 ff, 273 ff, 497 ff; 1963, 65 ff.
- (4) Grundsatz und Norm, S.34 FN 107
- (5) Neuhaus, aaO. S.60; vgl. Seidl, *Neue Tendenzen im englischen und deutschen Scheidungsrecht*, S.18; Für die Entwicklung des englischen Ehe- und Ehescheidungsrechts bis zum Anbruch des industriellen Zeitalters vgl. das grundlegende Werk von Giesen: *Grundlagen und Entwicklung des englischen Eherechts in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*

Die bemerkenswerte Übereinstimmung der maßgeblichen sozialen Fakten und Entwicklungstendenzen im internationalen Rahmen erleichtert die Vergleichbarkeit der Rechtsinstitute, die auf der Kenntnis des jeweiligen rechtstatsächlichen Hintergrundes beruht. Die prinzipielle Gleichartigkeit der Stellung der Familie als Element der Sozialstruktur und der gesellschaftlichen Funktion der Ehe in den modernen westlichen Industriegesellschaften ist eine gesicherte Erkenntnis soziologischer und anthropologischer Forschung⁽¹⁾.

- (1) vgl. König, *Sociological Introduction*, sec. 48-95; Ferner siehe: MacRae, *Sociological Considerations*, S.162; Fletcher, *The Family and Marriage in Britain*, S.14, 15; ders., *The Making of the Modern Family*, S.173 ff.; Eekelaar, *Family Security and Family Breakdown*, S.11; Turner, *Family and Kinship in Modern Britain*, S.73, 90 ff.; Wells, *Social Institutions*, S.187; Redmount, *An Analysis of Marriage Trends and Divorce Policies*, (1957) 10 Vand.LR 527; Hammond, *Anthropology*, S.165; Keesing, *Anthropology*, S.198; Westermarck, *History of Human Marriage*, S.26, 72; siehe bereits Maine, *Ancient Law*, S.180.
- Besondere Beachtung im englischen und deutschen Schrifttum haben die Untersuchungen Goode's zur Scheidung als 'point of strain in the social structure' mit ihren Auswirkungen auf den einzelnen, auf die Familie und die Gesellschaft gefunden: 'After Divorce' (S.15). Seine Feststellungen haben sehr zu einer rationalen Betrachtung der Scheidung als 'Sicherheitsventil' für die unausbleiblichen Spannungen des Ehelebens beigetragen: 'Family Disorganization' (S.481). Desgleichen gehen zahlreiche Erkenntnisse über weltweite Zusammenhänge im Wandel von Struktur, Inhalt und Funktion von Ehe und Familie auf Goode zurück. Siehe 'World Revolution and Family Patterns' und 'Family and Social Structure', S.245 ff. In deutscher Sprache siehe neuerdings 'Soziologie der Familie'. Vgl.dazu auch Leslie, *The Family in Social Context*, S.248 f.; James, *Marriage and Society*, S.174 f. - Für eingehende schichtenspezifische Analysen internationaler Scheidungsstatistiken siehe: Carter and Glick, *Marriage and Divorce - A Social and Economic Study*, sowie Goode, *Marital Satisfaction and Instability - A Cross-Cultural Class Analysis of Divorce*. Für England siehe: Noble, *Family Breakdown and Social Networks*, Brit.J.Soc. 21 (1970) 135 - 149; Gibson, *The association between divorce and social class in England and Wales*, Brit.J.Soc. 25 (1974) 79 - 92; McGregor, *Divorce in England*, S.35 - 57.
- Während die Zahl der Familienstudien im Ausland und insbesondere im angelsächsischen Bereich in den letzten Jahren enorm angewachsen ist und sich laufend vervielfacht, zeigt sich in Deutschland ein auffallender Niedergang der Familienforschung: Moge, *Sociology of Marriage and Family Behavior* 1957 - 1968, S. 41

Von der Übereinstimmung im Grundsätzlichen muß jedoch die Vielfalt der rechtlichen Lösungen unterschieden werden, mit denen die jeweiligen Rechtsordnungen das soziale Ordnungsproblem der gescheiterten Ehe im einzelnen zu bewältigen suchen. So hat beispielsweise auch in den Einzelrechten des englischen Rechtskreises, die die objektive Zerrüttung der Ehe als Scheidungsvoraussetzung anerkennen, dieses Prinzip eine sehr unterschiedliche Ausgestaltung gefunden⁽¹⁾: In Australien, Neuseeland und Kanada ist die Scheidung wegen Zerrüttung der Ehe nach jeweils verschiedenen Trennungszeiten neben die herkömmliche Verschuldensscheidungen getreten. In England und Wales ist dagegen seit dem Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes von 1969 die endgültige Zerrüttung der Ehe alleiniger Scheidungsgrund⁽²⁾.

Dieser englischen Formulierung kommt der deutsche Reformvorschlag nahe, der das "Scheitern" der Ehe zum alleinigen Rechtsgrund der Ehescheidung erklärt⁽³⁾ und damit das Zerrüttungsprinzip verwirklichen will⁽⁴⁾. Vor dem Hintergrund der jahrzehntelangen deutschen Reformbemühungen⁽⁵⁾ ist England mit dem legendären Igel verglichen worden, der im Wettlauf um ein zeitgemäßes Scheidungsrecht zur allgemeinen Über-

(1) Zu den Scheidungsgesetzen Australiens (Matrimonial Causes Act 1959), Neuseelands (Matrimonial Proceedings Act 1963) und Kanadas (Divorce Act 1968) siehe: Selby, The Development of Divorce Law in Australia, (1966) 29 MLR 486; Turner, Australien und German "Breakdown" Provisions Compared (1969) 18 ICLQ 896; Webb, Breakdown versus Fault - Recent Changes in United Kingdom and New Zealand Divorce Law, (1965) 14 ICLQ 194; Deech, Comparative Approaches to Divorce: Canada and England, (1972) 35 MLR 113; Stone, Moral Judgements and Material Provision in Divorce, (1969) 3 FLQ 371; Holden, Divorce in the Commonwealth, (1971) 201 ICLQ 58.

(2) Divorce Reform Act 1969, c.55, in Kraft getreten am 1.1.1971 (im weiteren abgekürzt DRA 1969). Section 1 des Gesetzes bestimmt: "After the commencement of this act the sole ground on which a petition for divorce may be presented to the court by either party to a marriage shall be that the marriage has broken down irretrievably." Geltungsbereich des Gesetzes: s.11(4).

(3) § 1565 BGB (Regierungsentwurf)

(4) Bundesregierung, Gesetzentwurf, aaO. S.47

(5) siehe Seidl, aaO. S.19

raschung vor dem Hasen ins Ziel gelangt ist⁽¹⁾. Nachdem bereits die Vorarbeiten zur englischen Scheidungsrechtsreform wegen ihres exemplarischen Charakters über den Bereich der Commonwealth-Gesetzgebung hinaus auch in Deutschland größte Beachtung gefunden haben⁽²⁾, besteht nach mehr als drei Jahren der Geltung des Zerrüttungs-scheidungsrechts nunmehr ein besonderes Interesse an der Berücksichtigung der weiteren Entwicklung des neuen Rechts und der damit gemachten Erfahrungen⁽³⁾.

Aufgabe der vorliegenden Dissertation ist es, am englischen Beispiel Regelung und Wirkungsweise eines Scheidungsrechts darzustellen, das auf dem Zerrüttungsprinzip beruht. Dabei ergeben sich zwei Schwerpunkte der Arbeit: erstens wird zu untersuchen sein, ob und in welcher Weise der Gesetzgeber dem Zerrüttungsgrundsatz in der Gesamtheit der Scheidungsnormen Geltung verschafft hat, und zweitens wird diese bestimmte und von der Rechtsprechung präziisierte rechtliche Lösung daraufhin zu überprüfen sein, ob und inwieweit sie das Zerrüttungsprinzip in der Entscheidungspraxis und der Rechtswirklichkeit tatsächlich verwirklicht hat⁽⁴⁾. Ausgangs-

- (1) Motsch, Das englische Scheidungsreformgesetz 1969, FamRZ 1970, 352
- (2) Rheinstein, aaO. S.352; Wolf, Einleitung zu: Wolf/Lüke, Eheverfehlung, Ehezerrüttung und einverständliche Scheidung, S.59, 60; Seidl, aaO. S.20; Neuhaus, aaO. S.61
- (3) vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, aaO. S.32; Henrich, Einführung in das englische Privatrecht, S.117; Seidl, aaO. S.18; Allgemein: Blumenwitz, Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht, S.1
- (4) Diese Aufgabenstellung verlangt eine über die bloße Momentaufnahme hinausgehende Art der Darstellung als eines fortschreitenden Entwicklungsprozesses. Das Scheidungsrecht ist, wie das Familienrecht insgesamt, mehr 'im Fluß' als jedes andere Gebiet des Privatrechts und widersetzt sich schon dadurch einer 'statischen' Betrachtungsweise; vgl. Rheinstein, Family, sec. 18

punkt und Maßstab der Untersuchung ist der 'Rechtsgedanke', der der 'doctrine of breakdown of marriage' nach englischer Auffassung zugrundeliegt und infolge der ausschließlichen Anknüpfung des Scheidungsreformgesetzes an die endgültig zerrüttete Ehe⁽¹⁾ den Erwartungshorizont dieses Gesetzes bestimmt.

(1) s.1 DRA 1969

Zweiter Teil: DIE ENTWICKLUNG DES ENGLISCHEN SCHEIDUNGS-
RECHTS VON DER EHEVERFEHLUNGSDOKTRIN ZUM
ZERRÜTTUNGSPRINZIP

A) Überblick über das frühere Scheidungsrecht in England

Voraussetzung für die Erfassung der gegenwärtigen Rechtswirklichkeit ist die Kenntnis der historischen Zusammenhänge und Entwicklung. Die strukturbedingte Fremdartigkeit in Begriff und Perspektive muß genetisch erklärt sein, damit die zweckbedingte Ähnlichkeit in der Funktion zutage kommt⁽¹⁾. Gerade das englische Recht verlangt zu seinem Verständnis in besonderem Maße die Erarbeitung der historischen Grundlagen⁽²⁾. Dies gilt auch für das Scheidungsrecht, das mit seinen heutigen Eigentümlichkeiten bis weit in die Vergangenheit zurückreicht und das mit seinem Entstehen mangels einer durchgreifenden Kodifikation nicht wie das Eherecht des BGB auf einen bestimmten Zeitpunkt datiert werden kann⁽³⁾.

I. Historische Entwicklung bis 1937

Das Eherecht einschließlich des Scheidungsrechts in der damaligen Begriffsbedeutung des 'divortium a vinculo matrimonii'⁽⁴⁾ und des 'divortium a mensa et thoro'⁽⁵⁾ gehörte in England seit dem frühen Mittelalter in die ausschließliche Zuständigkeit der Ecclesiastical Courts, kirchlicher Gerichte, die nach kanonischem Recht entschieden⁽⁶⁾. Die

(1) Esser, aaO. S.346

(2) Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S.228; David-Grasmann, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, S.323.

(3) vgl. Karminski, Family Law, S.286; Biggs, The Concept of Matrimonial Cruelty, S.2; vgl.dazu grundlegend: Giesen, aaO.

(4) Darunter wurde die Annullierung der Ehe verstanden, nicht die Scheidung einer gültig geschlossenen Ehe dem Bande nach, die wegen des Grundsatzes der Unauflöslichkeit der Ehe ausgeschlossen war. Jackson, The Formation and Annulment of Marriage, S.29; Pollock & Maitland, The History of English Law, S.303 FN 5; Bromley, Family Law, S.203 FN 8

(5) Trennung von Tisch und Bett, siehe: Tolstoy, S.111; Bromley, aaO.

(6) Pollock & Maitland, aaO. S.368; Davies, Matrimonial Relief in English Law, S.315; Rheinstein, aaO. sec. 7

Reformation bewirkte zwar grundsätzlich gesehen einen radikalen Wandel im bestehenden kanonischen Recht⁽¹⁾ - vor allem hinsichtlich der Eheannullierung -, beseitigte jedoch nicht das Prinzip der Unauflöslichkeit der Ehe⁽²⁾ und die Zuständigkeit der Kirchengerichte in Ehesachen, die weiterhin nur Scheidungen 'a mensa et thoro' nach wenig verändertem kanonischem Recht in Gestalt des Ecclesiastical Law aussprachen⁽³⁾. Eine Scheidung vom Bande der Ehe mit dem Recht der Wiederheirat war nur in den wenigen, außergewöhnlichen und kostspieligen Fällen möglich, in denen sie vom Parlament nach vorausgegangenem Kirchengerichtsverfahren und Zivilurteil mit Schadensersatzanspruch gegen den Ehebrecher wegen 'criminal conversation' durch Einzelfallgesetz zugelassen worden war⁽⁴⁾.

Als im Jahre 1857 dieses Recht zur Eheauflösung zusammen mit der Jurisdiktion der Ecclesiastical Courts auf die ordentlichen Gerichte überging⁽⁵⁾, wurde das Kirchenrecht ohne substantielle Änderung übernommen⁽⁶⁾. Die Scheidung beruhte

(1) Jackson, aaO. S. 31, 33

(2) Bromley, aaO. S. 59

(3) James, Marriage and Society, S. 134. Dieses Ecclesiastical Law ist kein Sonderrecht, sondern Bestandteil des gemeinen Rechts von England, des Common Law im weiteren Sinne: Lord Blackburn in Mackonochie v. Mackonochie (1881) 6 App.Cas. 446. Es ist "King's Ecclesiastical Law and an integral part of the Law of England": Holdsworth, A History of English Law, vol. VIII S. 403; vgl. auch Graveson, The Background of the Century, S. 5; Davies, aaO. S. 317; James, Introduction to English Law, S. 453; dazu eingehend: Giesen, aaO.

(4) Bromley, aaO. S. 203, 204; Rayden, S. 7

Diese Jurisdiction in legislativem Gewande beruhte auf der in der Reformation erworbenen Stellung des Königs als oberster geistlicher und weltlicher Instanz in Zusammenwirken mit dem Parlament. Graveson, aaO. S. 5, 7; Rheinstein, aaO. sec. 24. Die Zahl dieser nur für den Hochadel erschwinglichen Scheidungen betrug zwischen 1715 und 1852 lediglich 184: Rayden, S. 6, und in den 200 Jahren vor 1858 insgesamt weniger als 250: Graveson, aaO. S. 5; a.A. Latey, The Tide of Divorce, S. 54: 317 Scheidungen

(5) Matrimonial Causes Act 1857, 20 & 21 Vict. c. 85, in Kraft getreten am 1.1.1858; zunächst Court of Divorce and Matrimonial Causes, seit 1873 Probate, Divorce and Admiralty Division des High Court of Justice. Seit 1.10.1971 Family Division des High Court

(6) Rayden, S. 7; Jackson, aaO. S. 73; Graveson, Status in the Common Law, S. 79; McGregor, aaO. S. 18; Yardley, The Future of the Law, S. 29: "The Law has remained basically the same", Biggs, aaO.; Holdsworth, aaO. vol. XV, S. 208

auf der Doktrin der schuldhaften Eheverfehlung⁽¹⁾ und konnte nur wegen Ehebruchs der Frau, der 'Urform' aller Scheidungsgründe⁽²⁾, oder wegen Ehebruchs des Mannes, sofern zusätzlich erschwerende Umstände vorlagen, ausgesprochen werden. Dieses Scheidungsrecht, das von Dicey als "triumph of individualistic liberalism" bezeichnet worden war, da es die Ungleichbehandlung von Arm und Reich beseitigt habe⁽³⁾, das materiell-rechtlich aber nur eine Fortschreibung der alten Rechtslage unter neuer Zuständigkeit war⁽⁴⁾, blieb fast unverändert in Kraft bis zum Jahre 1937⁽⁵⁾. Erst achtzig Jahre nach der Einführung der gerichtlichen Ehescheidung war der Wandel der öffentlichen Meinung soweit fortgeschritten, daß eine Parlamentsmehrheit nach mehreren vergeblichen Versuchen auf die Initiative eines einzelnen Abgeordneten und seiner Gesinnungsfreunde hin⁽⁶⁾ bereit war, die 'bemerkenstwert liberalen Empfehlungen' der Königlichen Kommission von 1912 für eine Verbesserung des materiellen Scheidungsrechts zu verwirklichen⁽⁷⁾.

- (1) Doctrine of matrimonial offence: Lord Denning in Wachtel v. Wachtel (1973) Fam. 89. Gleichwertig werden die Begriffe 'fault principle' oder 'guilt principle' - Verschuldensprinzip, Schuldprinzip - verwendet. Zum Inhalt des Begriffes siehe S.10 ff.
- (2) Rheinstein, aaO. sec.17
- (3) Law and Public Opinion in England in the Nineteenth Century, S.347. Tatsächlich war die Scheidung damit nur von den Spitzen der Aristokratie auf die wohlhabende Oberschicht des Bürgertums ausgedehnt worden: McGregor, aaO.S. 19. Bis 1910 wurden Scheidungen überhaupt nur in London verhandelt: Jackson, The Machinery of Justice in England, S.55, und erst mit dem Matrimonial Causes Act 1967 wurde die Jurisdiktion für unstreitige Scheidungen auf die County Courts übertragen, vor denen die Verfahrenskosten erheblich niedriger sind als beim High Court. Vgl. Jackson, aaO. S.59.
- (4) Siehe auch Dicey, aaO. S.43
- (5) Puxon, Family Law, S.62; Erst im Jahre 1923 (Matrimonial Causes Act 1923) erlangten die Frauen Gleichheit im Scheidungsrecht, indem sie eine Scheidung wegen 'bloßen Ehebruchs' des Mannes erlangen konnten. Daneben war eine Scheidung (nur für Frauen) wegen Notzucht, widernatürlicher Unzucht und Sodomie möglich.
- (6) Mr. Alan (später Sir Alan) Herbert MP. hatte bereits durch sein Buch 'Holy Deadlock' (1934) und Zeitschriftenbeiträge in dieser Hinsicht gewirkt, bevor er durch die Wahl ins Unterhaus die Möglichkeit zur Gesetzesinitiative erhielt. Siehe dazu sein Buch: 'The 'Ayes' have it', (1937); vgl. Rheinstein, Marriage Stability, S.319.
- (7) Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes, nach ihrem Vorsitzenden, Lord Gorell, allgemein als Gorell Commission bezeichnet.

Die Gorell Commission hatte die Ansicht vertreten, daß nichts mehr geeignet sei, Ungerechtigkeit und Härten hervorzurufen, nichts mehr darauf angelegt sei, das Recht in Mißkredit zu bringen, nichts der Moral und dem wohlverstandenen Interesse des Landes mehr abträglich sei als der unveränderte Fortbestand des damaligen Scheidungsrechts⁽¹⁾ und unter dem Eindruck der sozial unbefriedigenden Folgen gerichtlicher Trennungsanordnungen⁽²⁾ die Einführung der Scheidbarkeit der Ehe auch in anderen als Ehebruchsfällen befürwortet, in denen das eheliche Zusammenleben unerträglich geworden war⁽³⁾. Die Grundlage der Scheidung, das Eheverfehlungsprinzip, sollte allerdings beibehalten werden⁽⁴⁾, und auf dieser Basis erging dann auch Mr. Herbert's Gesetz von 1937⁽⁵⁾, mit dem in England erstmals seit 1697 die Scheidungsgründe erweitert wurden⁽⁶⁾.

- (1) Gorell Commission, Report 1912, Cmd. 6478, sec. 42
- (2) aaO. sec. 234. Die Scheidung 'a mensa et thoro' heißt seit 1857 Judicial Separation und ist auch heute noch ein gebräuchlicher Rechtsschutz, geregelt im Matrimonial Causes Act 1965 s.12(1) in der Fassung des DRA 1969 s.8. Seit 1.1.1974 Matrimonial Causes Act 1973, c. 18, ss. 17, 18.
- (3) Mehrheitsvotum, aaO. Cmd. 6478 sec. 163; vgl. Rheinstein, aaO. S.319; McGregor, aaO. S.28; Davies, aaO. S.321
- (4) aaO. sec. 48, 245
- (5) Matrimonial Causes Act 1937, 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, c. 57 in Kraft seit 1.1.1938. Zum Werdegang des Gesetzes siehe A.P. Herbert, The 'Ayes' have it: Der Bericht der Gorell Commission "provided the flesh, bones and blood of the Act": aaO. S.59
- (6) McGregor, aaO. S.30

II. Die Doktrin der Eheverfehlung⁽¹⁾

Scheidungsgründe waren nunmehr in Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Gorell Commission bis zur Scheidungsrechtsreform⁽²⁾ außer Ehebruch und den Sondergründen für Ehefrauen⁽³⁾ eheliche Grausamkeit (cruelty), böswillige Verlassung für drei Jahre (desertion) und unheilbare Geisteskrankheit (insanity)⁽⁴⁾.

Das Prinzip des Scheidungsrechts war erhalten geblieben: Die 'Christian marriage', also die lebenslange und ausschließliche, freiwillige Verbindung eines Mannes mit einer Frau⁽⁵⁾, ist das allgemeingültige Ideal⁽⁶⁾, dessen Förderung

- (1) Doctrine of Matrimonial Offence; Zu diesem Begriff eingehend: Rosen, Matrimonial Offences
- (2) Die Scheidungsgründe wurden seit 1937 durch Gesetze nur unwesentlich modifiziert und blieben zuletzt in der Fassung von s.1(1)(a)(b) des Matrimonial Causes Act 1965 (im weiteren abgekürzt: MCA 1965) bis Ende 1970 in Geltung
- (3) Siehe oben S.8 FN 5
- (4) Einzelheiten dazu siehe u.a. Bromley, Family Law (3rd. ed.), S.92 - 125; Davies, aaO. S.323 - 331
- (5) Diese noch heute maßgebende 'klassische' Ehedefinition stammt aus dem Urteil von Lord Penzance in Hyde v. Hyde and Woodmansee (1866) 1 P&D 130, bestätigt in Nachimson v. Nachimson (1930) P 85. Die Bezugnahme auf das Christentum wird im rechtlichen Bereich allerdings allgemein als obsolet angesehen: James, Marriage and Society, S.136: "The nation has ceased to be Anglican, or for practical purposes even definitely Christian". Rechtstechnisch bedeutet 'Christian' soviel wie monogam: Rayden, S.113; Jackson, The Formation and Annulment of Marriage, S.129, 130; McGregor, aaO. S.125; Bromley, aaO. S.12, 13; Graveson, aaO.
Zum Problem des Niederschlags christlicher Moralvorstellungen in der Ehegesetzgebung der pluralistischen englischen Gesellschaft siehe Mitchell, aaO. S.128; Devlin, aaO. S.63. Allgemein: Friedmann, aaO. S. 238 - 241; Denning, The Changing Law, S.120, 121; Lacey, Marriage in Church and State, S.202; Joyce, Christian Marriage, S.218; Kirk, Marriage and Divorce, S.207; Puxon, aaO. S.54, 55; O'Sullivan, A Century of Divorce Jurisdiction (1857 - 1957): "Decline of the Christian conception of English Law", S.28 - 30
- (6) Morton Commission, Report 1956, Cmnd. 9678, para.35, S.7
Das besondere Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung dieser Ehe als Institution betont Lord Devlin, aaO. S.76, 77. Ebenso Graveson, aaO. S.115; desgleichen Mitchell, aaO. S.68, 78; vgl. König, aaO. sec. 63, 98

und Schutz das Gesetz bezweckt⁽¹⁾. Eine Auflösung ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich ein Ehepartner gegenüber dem anderen einer der gesetzlichen Eheverfehlungen schuldig gemacht hat und der andere selbst 'unschuldig' ist oder jedenfalls nach dem Gesetz so angesehen werden kann. Die Scheidungsgründe beinhalten ein schwerwiegendes Fehlverhalten, das an die Wurzeln der Ehe greift und von der Gesellschaft als fundamental unvereinbar mit den Verpflichtungen angesehen wird, die mit der Ehe eingegangen worden sind⁽²⁾. Die Scheidung ist deshalb ein rechtliches Heilmittel, das der Unschuldige nach Wunsch erhalten kann, und zugleich eine Strafe, die der Schuldige daraufhin zu erleiden hat⁽³⁾. Da die innere Logik des Eheverfehlungsprinzips verlangt, daß das Gericht eine Partei für schuldig, die andere für unschuldig erklärt⁽⁴⁾, mußte das Recht Regelungen für die Fälle treffen, in denen der Kläger die Scheidung wegen eigenen Fehlverhaltens nicht 'with clean hands'⁽⁵⁾ begehrte. Das in seiner Mehrzahl bereits auf die Rechtsprechung der Ecclesiastical Courts zur Scheidung 'a mensa et thoro' zurückgehende System der Scheidungshinderungsgründe⁽⁶⁾ umfaßte in seiner zuletzt gültigen Form⁽⁷⁾ folgende sogenannte 'bars to a petition for divorce'⁽⁸⁾: Das Gericht mußte die Scheidung verweigern (absolute bars),

- (1) Präambel des Matrimonial Causes Act 1937; siehe auch McGregor, aaO. S. 30
- (2) Pollard, The Problem of Divorce S.78; Freeman, aaO. S.181; Morton Commission, Cmd. 9678, para. 56, S.12. Vgl. zur Definition der Eheverfehlung: Rosen, aaO. S.2, 3.
- (3) McGregor, aaO. S.131; vgl. Rheinstein, aaO. S.277; Law Commission, Reform of the Grounds of Divorce - The Field of Choice, Cmd. 3123, para.20, S.11, 12; Jackson, The Machinery of Justice in England, S.55
- (4) Putting Asunder, A Divorce Law for Contemporary Society, para. 43, S.30
- (5) vgl. Davies, aaO. S.323; Walker & Walker, The English Legal System, S. 34; Rumbelow v. Rumbelow (1965) 2 AllER 767 CA; Putting Asunder, para 66, S.51 ff
- (6) Bromley, Family Law (3rd. ed. 1966), S. 126; Rheinstein, aaO. S. 320
- (7) Matrimonial Causes Act 1965 s.5
- (8) Für Einzelheiten der Scheidungshindernis- oder -ausschließungsgründe siehe: Bromley, aaO. (3rd ed.) S.126 - 156

wenn der Kläger offen oder stillschweigend mit der Begehung des Ehebruchs einverstanden war (connivance) oder die geltend gemachte Eheverfehlung verziehen hatte (condonation). Als Unterfall der condonation war auch der vertragliche Verzicht auf die Erhebung der Scheidungsklage (agreement not to petition) ein absoluter Hindernisgrund⁽¹⁾. Sechs weitere Schranken waren in das Ermessen des Gerichts gestellt (discretionary bars): Kollusion, Ehebruch seitens des Klägers, vom Kläger zu vertretende Verzögerung der Klageerhebung, eheliche Grausamkeit und böswilliges oder vorsätzliches Verlassen seitens des Klägers und schließlich 'conduct conducing', bewußte Nachlässigkeit oder vorsätzliches Fehlverhalten, die zu Ehebruch, böswilliger Verlassung oder unheilbarer Geisteskrankheit geführt haben⁽²⁾. Daneben war die Erhebung der Scheidungsklage in den ersten drei Jahren nach der Eheschließung grundsätzlich ausgeschlossen, sofern nicht besondere Umstände vorlagen⁽³⁾. Die beiden wesentlichen Aspekte dieses Scheidungsrechts auf der Grundlage des Schuldprinzips waren, daß einerseits kein 'unschuldiger' Ehegatte gegen seinen Willen geschieden werden konnte und dadurch vor dem Verlust der sozialen Stellung und der finanziellen Sicherheit des Ehestatus geschützt war⁽⁴⁾, während andererseits den 'schuldigen' Gatten die volle Härte des Schuldspruchs mit allen nachteiligen Konsequenzen für die Regelung der Scheidungsfolgen und das gesellschaftliche Ansehen traf⁽⁵⁾.

- (1) Sogenannte Rose v. Rose Clause nach der gleichnamigen Entscheidung des Court of Appeal (1883) 8 P&D 98; Bromley, aaO. (3rd. ed.) S.144
- (2) Bromley, aaO. (3rd. ed.) S. 152
- (3) Matrimonial Causes Act 1965, s.2
- (4) vgl. Bromley, aaO. (4th ed.) S. 205
- (5) Lord Denning in Wachtel v. Wachtel, aaO. - Zu den Folgen des Scheidungsurteils für den Schuldigen siehe insbesondere Freeman, aaO. S.181,182; Wells, aaO. S.189,190; Watson, Psychoanalysis and Divorce, S.331 - 334; Putting Asunder, para 43, S.30, 31

B. Die Reform des Scheidungsrechts

I. Notwendigkeit der Reform

1. Wandel der sozialen Wirklichkeit

Das Scheidungsrecht des Jahres 1937 hätte, fortschrittlich wie es bei seiner Einführung war, wohl begründete Aussicht gehabt, dasjenige des Jahres 1857 an Dauer zu erreichen oder gar zu überbieten⁽¹⁾. Die Umwälzungen des Zweiten Weltkrieges und die nachfolgende "soziale Revolution"⁽²⁾ führten jedoch zu einem grundlegenden Wandel der sozialen Verhältnisse und des kulturellen Klimas⁽³⁾, der auch die Scheidungswirklichkeit nicht ausnahm⁽⁴⁾.

a) Anstieg der Scheidungszahlen

Während die Zahl der Scheidungen zwischen 1936 und 1940 noch jährlich 7.535 betragen hatte, belief sie sich im Fünfjahreszeitraum 1941 - 1945 bereits auf 16.075 und 1946 - 1950 auf 38.901⁽⁵⁾. Noch deutlicher tritt der Wandel aus der Statistik der Scheidungsurteile - 7.621 Scheidungen im Jahre 1938 gegenüber 52.249 im Jahre 1947⁽⁶⁾ - sowie der Veränderung der Scheidungsrate hervor:

von 0,15 pro Tausend der Bevölkerung im Jahre 1938 auf 1,36 im Jahre 1947⁽⁷⁾.

(1) vgl. Jackson, aaO. S.56

(2) Lord Denning, Vorwort zu Friedmann, Law and Social Change in Contemporary Britain, S.IX; Rheinstein, aaO. S.320

(3) Rheinstein, aaO.

(4) vgl. Bromley, aaO.; Graveson, The Future of Family Law, S.417; Puxon, aaO. S.126, 127; Morton Commission, Cmd.9678, paras. 39-49, S.8-10; Turner, aaO. S.92; Fletcher, aaO. S.136; Dicks, Marital Tensions, S.1-5; Latey, The Tide of Divorce, S.110, 141

(5) McGregor, aaO. S.36; vgl. Jackson, aaO. S.57

(6) Andere Zahlen nennen: Rheinstein, aaO.; McGregor, aaO. S.37; Morton Commission, Cmd. 9678. App.II, S.359

(7) Rheinstein, aaO. S.319

Dieser Nachfrageflut nach rechtlicher Hilfe und Lösung zur Bewältigung ehelicher Schwierigkeiten konnte zunächst nur durch eine Vermehrung der Zahl der Gerichte mit Scheidungszuständigkeit⁽¹⁾ und die Einführung kostenfreien Rechtsschutzes - zunächst für Angehörige der Streitkräfte⁽²⁾, später für die breite Masse der Bevölkerung⁽³⁾ - begegnet werden. "In this, as in so many other fields of social policy, war dissolved inherited stupidities"⁽⁴⁾.

Mit der Öffnung der Scheidungsgerichte für alle Bevölkerungsschichten - die von vielen als der eigentliche Durchbruch im Scheidungsrecht seit 1857 bezeichnet wird⁽⁵⁾ - kamen auf die Gerichte soziale Probleme und familiäre Schwierigkeiten in einem Ausmaß zu, wie sie zuvor allenfalls dem lokalen Magistratsrichter bekanntgeworden wären⁽⁶⁾, und verstärkten damit die Herausforderung der sozialen Wirklichkeit an die herrschende 'Ideologie'⁽⁷⁾ der Ehe und Ehescheidung.

- (1) Denning Committee (Committee on Procedure in Matrimonial Causes), Second Interim Report Cmd. 6945 (1946); siehe auch (1947) 10 MLR 58; Puxon, aaO. S.64
- (2) Siehe Jackson, aaO. S.56; McGregor, aaO. S.33; Puxon, aaO. S.127
- (3) Legal Aid and Advice Act 1949 (in Kraft seit 2.10.1950), ersetzte die auf Heinrich VII zurückgehende Armenrechtsregelung 'in forma pauperis'
- (4) McGregor, aaO.
- (5) McGregor, aaO. S.34; Zu den Auswirkungen der Legal Aid Gesetzgebung auf die Scheidungsstatistik siehe: Law Commission, Cmd. 3123, paras. 9-12, S.8, 9. Siehe auch Gibson & Beer, The Effect of Legal Aid on Divorce in England, (1971) 1 Fam.Law 128. Im Jahre 1965 erhielten 70,1% aller Scheidungskläger Legal Aid.
- (6) vgl. Friedmann, Law in a Changing Society, S.250; Gibson, aaO., Brit. J. Soc.25 (1974) 79, 91; Seit 1878 treffen die Magistrates' Courts Trennungs-, Unterhalts- und Sorge-rechtsanordnungen. Heutige Rechtsgrundlagen sind: Matrimonial Proceedings (Magistrates' Courts) Act 1960, Matrimonial Causes Act 1965, s.24, Guardianship of Infants Acts 1886 und 1925; vgl. Puxon, aaO. S.86 ff; Tolstoy, S.339 f; Rayden, S.1092 f
- (7) König, aaO. sec. 98

b) Wandel der Auffassungen von Ehe und Ehescheidung

Die verschiedenartigen Aspekte dieser komplexen Herausforderung, wie zum Beispiel die wachsende Emanzipation der Frau, die Lockerung religiöser Bindungen und sozialer Tabus sowie die Entwicklung sozialer Verhaltensweisen, die die Auflösung einer zunehmenden Zahl von Ehen mit oder ohne rechtliche Sanktion begünstigen⁽¹⁾, waren in reziproker Weise zugleich Ursache und Ausdruck des grundlegenden Wandels der Eheauffassung, den die Gesellschaft erfahren hatte⁽²⁾. Die Ehe wurde nicht länger als eine unantastbare Institution angesehen, die der Disposition der von ihr einmal Verbundenen auf immer entzogen ist und nur durch den Tod oder eine schwerwiegende Verfehlung gelöst werden kann, sondern in zunehmendem Maße als 'marriage-relationship' betrachtet, als eine interpersonale Verbindung zweier Menschen auf vertraglicher Grundlage zur Verwirklichung ihres individuellen 'Rechts auf Glückseligkeit'⁽³⁾, die zwar grundsätzlich auch auf Dauer angelegt ist, aber im Falle des Scheiterns ohne weiteres beendet werden kann⁽⁴⁾. Diese individualistische Eheauffassung implizierte ein neues Verständnis der Ehescheidung. Gesichtspunkte wie Schuld und Strafe fanden darin keinen Platz mehr, denn die Scheidung bedurfte nun nicht mehr der Verletzung von Quasi-Strafnormen zu ihrer Rechtfertigung: sie ist jetzt nur noch

- (1) Zu den Kriterien des sozialen Wandels siehe: Friedmann, aaO. S.25, 237, 238, 248; McGregor, aaO. S.55; MacRae, aaO. S.166; Dicks, aaO.
- (2) Harvey, On the State of the Divorce Market, (1953) 16 MLR 129
- (3) Dicks, aaO. S.27; Biestek, The Casework Relationship, S.4
- (4) "Social relationship sui generis": Dicks, aaO. S.7, S.129; Zur "Individualisierung" der Ehe siehe: König, aaO. sec. 59-62, 97; Rheinstein, The Family, sec. 16; Biggs, aaO. S.20; Beyfus, The English Marriage, S.XI, XII; Friedmann, aaO. S.239, 240, 248; Dominian, Marital Breakdown, S.11 - 14, 156; MacRae, aaO. S.167; Devlin, aaO. S.68, 69; vgl. McGregor, aaO. S.35; Puxon, aaO. S. 127, 128; James, Marriage and Society, S.136; Harvey, aaO. S.129, 130

das von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Verfahren zur Beseitigung von Ehen, die nach verfehlter Zweckerreichung zur leeren Rechtsform geworden sind, und ihr eigentlicher Zweck liegt in der Ermöglichung der Wiederheirat⁽¹⁾.

Je weiter sich diese rationale Einschätzung der Scheidung als einer 'normalen Sozialinstitution' in der Gesellschaft durchsetzte⁽²⁾, desto deutlicher wurde sich diese bewußt, daß nicht das Anwachsen der Zahl der Scheidungen als solches, sondern die hohe Zahl gescheiterter Ehen Gefahren für ihre Stabilität und ihren Fortbestand hervorriefen⁽³⁾. Mit anderen Worten: es wurde in zunehmendem Maße erkannt, daß Scheidung und Zerrüttung der Ehe nicht identisch sind⁽⁴⁾ und das eigentliche Problem nicht die Scheidung der Ehe, sondern das Phänomen ihrer Zerrüttung ist⁽⁵⁾.

Der rechtliche Vorgang der Ehescheidung als solcher ist neutral⁽⁶⁾ und nur eine von verschiedenen Möglichkeiten der gesellschaftlichen Reaktion auf die veränderte Ehesituation⁽⁷⁾.

- (1) Devlin, aaO. S.66; Bromley, aaO. S.205
Kritisch zum Wandel der öffentlichen Meinung: James, aaO. S.182
- (2) Graveson, The Background of the Century, S.13.
Vgl. Lord Denning, Vorwort zu Latey, The Tide of Divorce, S. VII; Gibson, aaO. S.91
- (3) vgl. König, aaO. sec. 99; Kahn-Freund, The Law Commission: Reform on the Grounds of Divorce, The Field of Choice, (1967) 30 MLR 181; Law Commission, aaO. Cmd. 3123, paras. 5-8, S.6, 7
- (4) Rheinstein, in seiner in England vielbeachteten Untersuchung The Law of Divorce and the Problem of Marriage Stability (1956) 9 Vand. LR 645; derselbe, Marriage Stability, S.259; siehe auch Puxon, aaO. S.10; Law Commission, Cmd. 3123, para 6, S.6;
- (5) König, aaO. sec. 104; Rheinstein, aaO. S.261-276: "What is the Evil: Divorce or Marriage Breakdown?"; Puxon: "it is the cancer not the removal of the affected organ which destroys the patient's health", aaO. S.125
- (6) Mortlock, The Inside of Divorce, S.9
- (7) vgl. König, aaO. sec. 109: "positive functions of divorce"; Goode, Family Disorganization, S.481; Putting Asunder, App. D, S.143

Stellt sich diese Situation so dar, daß die eheliche Lebensgemeinschaft zu bestehen aufgehört hat und das tatsächliche Band der Ehe nicht mehr existiert, dann sollte dieser de-facto-Scheidung schon nach Ansicht der Gorell Commission die de-jure-Auflösung des rechtlichen Bandes folgen⁽¹⁾.

c) Neuorientierung der Sozialfunktion des Scheidungsrechts

In einem Zeitalter wachsenden sozialen Verantwortungsbewußtseins⁽²⁾ konnte der Wandel der öffentlichen Meinung hinsichtlich der Institutionen Ehe und Scheidung nicht auf die persönlichen Wirkungen des Mann-Frau-Verhältnisses beschränkt bleiben: "Whatever else it may be, marriage is essentially a social institution with implications for society as a whole"⁽³⁾. Es wurde erkannt, daß Stellenwert und Funktion der Ehe in der Gesellschaft von außerordentlicher Wichtigkeit sind, da davon nicht nur das Glück und das Wohlbefinden von Millionen Menschen, sondern der Bestand der sozialen Strukturen schlechthin abhängen. Die Scheidung ist in ihrer sozialen Dimension gesehen keineswegs nur der juristische Schlußpunkt bereits tatsächlich gescheiterter Ehen, sondern ein 'Sicherheitsventil'⁽⁴⁾ zum Schutz des einzelnen Gatten, der Kinder, der Institution der Familie und schließlich der Gesellschaft als ganzes vor den nachteiligen Folgen der Ehezerrüttung⁽⁵⁾. Dieser Schutzzweck macht die Scheidung zu einem Mechanismus der sozialen und wirtschaftlichen Eingliederung und Neuordnung, der

- (1) zitiert in: Putting Asunder, para. 54, S. 38; Dieselbe Auffassung vertritt die Law Commission, aaO. Cmd. 3123, para. 17, S. 10, 11; desgleichen Putting Asunder, para. 29, S. 21
- (2) Ginsberg, The Growth of Social Responsibility, S. 3 ff.
- (3) James, aaO. S. 183
- (4) Goode, aaO.
- (5) vgl. Friedmann, aaO. S. 240, 241

über die alte Familie hinaus auf neue Familien übergreift, die als außereheliche Verbindung oder durch Wiederheirat entstanden sein können⁽¹⁾. "Rather than serving as an endpoint, divorce is the rearrangement of forces in an ongoing struggle, especially in families where there are children"⁽²⁾.

Das Scheidungsrecht als der "Schlüssel zum Eheproblem"⁽³⁾ muß demzufolge als die Verkörperung derjenigen sozial- und rechtspolitischen Vorstellungen verstanden werden, mit denen die Gesellschaft die Auflösung der zerrütteten Ehe als Individual- und Sozialproblem zu regeln versucht⁽⁴⁾.

Wegen des jeweiligen Eigenwertes der Institutionen Ehe und Ehescheidung stehen alle rechtlichen Lösungsversuche im Spannungsfeld der Interessenkollision zwischen dem Ziel des Schutzes und der Erhaltung der Ehe auf der einen und dem der Verhinderung oder Milderung der oft katastrophalen Folgen endgültig zerrütteter Ehen auf Ehegatten, Kinder und Gesellschaft auf der anderen Seite⁽⁵⁾.

- (1) Die Belange stabiler, außerehelicher Verbindungen haben im Bericht der Law Commission, Cmnd. 3123, paras. 33-37, S. 18-20, besondere Beachtung gefunden. Siehe auch Eekelaar, aaO. S. 230
- (2) Watson, aaO. S. 321; vgl. Eekelaar, aaO. S. 284
- (3) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 121
- (4) vgl. Redmount, aaO. (1957) 10 Vand. LR 513
- (5) Friedmann, aaO. S. 249, 252; Law Commission, Cmnd. 3123, para. 15, S. 10; vgl. Manchester & Whetton, Marital Conciliation in England and Wales, (1974) 23 ICLQ 342; Blunt v. Blunt (1943) AC 517, 525

2. Auseinanderfallen von Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit

a) Eingriffe in die Eheverfehlungs doktrin

Der aufgezeigte Wandel der Wertvorstellungen eines Großteils der Bevölkerung vollzog sich nicht innerhalb weniger Jahre, sondern war ein langwieriger Prozeß, der seinen Anfang schon vor dem Ersten Weltkrieg genommen hatte⁽¹⁾ und durch die Umwälzungen zweier Kriege beschleunigt worden war, der aber erst gegen Mitte der Sechziger Jahre zum Umschwung der öffentlichen Meinung führte⁽²⁾. Das Recht hatte sich im Verlaufe dieser Entwicklung immer wieder der Herausforderung der sozialen Wirklichkeit zu stellen versucht, wobei die Gerichte gegenüber der Gesetzgebung die Führung übernahmen⁽³⁾.

aa) Entwicklung der Gesetzgebung

Ein Gesetzentwurf zur Einführung der Zerrüttungsscheidung nach sieben Jahren Getrenntlebens hatte im Parlament 1951 keine Mehrheit gefunden⁽⁴⁾ und so war es einer Reihe gleichartiger Versuche mit unterschiedlichen Fristen ergangen. Einer davon, Mr. Abse's Gesetzesinitiative im Jahre 1963, scheiterte zwar gleichfalls mit der Einführung eines Getrenntlebensgrundes, ließ aber doch andere grundlegende Änderungen des Scheidungsrechts Gesetz werden⁽⁵⁾: Der Scheidungshindernisgrund der Verzeihung wurde so ausgestaltet,

(1) vgl. den Bericht der Gorell Commission; vgl. oben S. 8, 9

(2) vgl. Putting Asunder, para. 43, S. 31; James, Introduction to English Law, aaO. S. 453

(3) siehe Jackson, The Machinery of Justice in England, S. 58; Ormrod J. in Porter v. Porter (1971) 2 ALLER 1037; Levin, The Divorce Reform Act 1969, (1970) 33 MLR 632

(4) Gesetzentwurf von Mrs. Eirene White, M.P., nach der zweiten Lesung auf die Zusage der Bestellung einer Royal Commission zur Untersuchung des Scheidungsrechts hin zurückgezogen.

(5) Matrimonial Causes Act 1963 (MCA 1963)

daß Aussöhnungsversuche ohne Gefährdung des Scheidungsrechts möglich wurden,⁽¹⁾ und die bisher absolute Schranke der Kollusion wurde als 'discretionary bar' in das Ermessen des Gerichts gestellt⁽²⁾. Letzteres bedeutete die Zulassung sogenannter "arrangierter Scheidungen"⁽³⁾ und machte die bisher verpönte Konventionalscheidung zu einer anerkannten Einrichtung⁽⁴⁾.

bb) Entwicklung der Rechtsprechung

Im Gegensatz zu der jahrzehntelang geübten Zurückhaltung des Gesetzgebers auf dem Gebiet des materiellen Scheidungsrechts hatte die Rechtsprechung schon bald nach dem Inkrafttreten des Gesetzes von 1937 schwerwiegende Einbrüche in das Schuldprinzip zugelassen. Seit der Entscheidung des House of Lords in *Blunt v. Blunt*⁽⁵⁾ war es gängige Praxis, daß die Gerichte im Falle beiderseitiger Eheverfehlungen ihr Ermessen zugunsten der Auflösung der Ehe verwandten und auf Widerklage Scheidungsurteile für beide Ehegatten aussprachen⁽⁶⁾. Die Scheidbarkeit der Ehe wurde ferner dadurch erleichtert, daß in Ehebruchsfällen - der Ehebruch hatte in den Kirchengerichten als Verbrechen gegolten⁽⁷⁾ - anstelle des Beweisstandards des Strafverfahrens⁽⁸⁾ nur

(1) ss. 1, 2 MCA 1963, später s. 42 Matrimonial Causes Act 1965 (MCA 1965)

(2) s. 4, MCA 1963, später s.5(4)(a) MCA 1965

(3) Law Commission, Cmnd. 3123, para. 21, S.12, 13

(4) vgl. Rayden, S.11

(5) (1943) AC 517

(6) Voraussetzung war die vorbehaltlose Offenlegung der eigenen Eheverfehlung des Klägers in einer Ermessenserklärung (discretion-statement) - oftmals erst in der letzten mündlichen Verhandlung. Siehe Law Commission, aaO. para.21, S.12; Putting Asunder, para. 49, S.35; vgl. Puxon, aaO. S.129

(7) Puxon, S.148; Biggs, aaO. S.5

(8) siehe Lord Stowell in *Williams v. Williams* 1 Hag.Con.299

noch der einfachere des Zivilverfahrens verlangt wurde⁽¹⁾. Das Hauptfeld richterlicher Rechtsfortbildung unter dem Einfluß sozialer Veränderung war jedoch der Scheidungsgrund der ehelichen Grausamkeit (cruelty). Der Wandel der diesem gesetzlich nicht definierten Tatbestand beigegebenen gerichtlichen Auslegungen von vorsätzlicher physischer Mißhandlung mit Gesundheitsschaden⁽²⁾ hin zu jeglichem, auch vorsatzlosen, lediglich gesundheitsgefährdenden, Verhalten, das das eheliche Zusammenleben unerträglich werden ließ⁽³⁾, veranschaulicht das Bemühen der Gerichte, die Doktrin der Eheverfehlung in Übereinstimmung mit den Anschauungen und Verhaltensmustern der Zeit zu bringen⁽⁴⁾. Dieses kam ferner in der Regelung der Scheidungsfolgen zum Ausdruck, bei der die schuldhaft eheverfehlte Ehe nur noch eines von vielen Entscheidungskriterien vornehmlich objektiver Art war⁽⁵⁾.

(1) Blyth v. Blyth (1966) 1 AC 643

(2) Biggs, aaO. S.51, 52

(3) Gollins v. Gollins (1964) AC 644; Williams v. Williams (1964) AC 698; Die 'Cruelty'-Rechtsprechung der Ecclesiastical Courts war in der Fassung der Entscheidung Russell v. Russell (1897) AC 395 hindendes Präjudiz; die Erkenntnisse der modernen Medizin, Psychologie und Psychiatrie führten jedoch zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs der darin niedergelegten Grundsätze vornehmlich über den Begriff der seelischen Grausamkeit (mental cruelty); vgl. Kahn-Freund, Divorce Law Reform?, (1956) 19 MLR 586, 587.

(4) Dazu zählt auch der von der Rechtsprechung entwickelte Scheidungsgrund der 'fiktiven' Verlassung (constructive desertion), grobes Fehlverhalten, das den Ehegatten zum Getrenntleben gezwungen hat, und damit richterrechtlich entwickelter Unterfall der böswilligen Verlassung; vgl. Tolstoy, S.73 ff; Siehe zu dieser Entwicklung: Puxon, aaO. S. 156, 157; Kahn-Freund, aaO.; vgl. Putting Asunder, para. 50, S. 35, 36; Law Commission, aaO. para. 22, S.13; Friedmann, aaO. S.249

(5) siehe Porter v. Porter (1969) 3 AllER 640; Puxon, aaO. S. 239; Freeman, aaO. S.182

Dank dieser gerichtlichen und legislativen Eingriffe⁽¹⁾ hatte das Schuldprinzip an Schärfe verloren und vom Ergebnis her tragbare Entscheidungen zugelassen. Der Vorsitzende der Law Commission konnte daher 1966 feststellen, daß das Scheidungsrecht im großen und ganzen den Bedarf der Gesellschaft an Eheauflösung deckte, d.h. die meisten, die eine Scheidung wollten, diese auch ohne unangemessene Verzögerung erhielten⁽²⁾.

b) Reformbedürftigkeit der Grundlagen des Scheidungsrechts

Die hinlänglichen Ergebnisse in der Anwendung konnten jedoch nicht länger darüber hinwegtäuschen, daß das System des Scheidungsrechts auf Prinzipien beruhte, die weithin als heuchlerisch galten⁽³⁾ und daher die ihm von der Rechtsgemeinschaft zugedachte Sozialfunktion nicht erfüllen konnte⁽⁴⁾. Die öffentliche Meinung war nach den Worten von James im Verlauf dieses Jahrhunderts zu zwei Schlußfolgerungen gekommen: Erstens, daß es zwecklos sei, zwei Menschen lebenslänglich aneinanderzuketten und zweitens, daß es sinnlos sei, das Recht auf Scheidung von der Begehung einer Eheverfehlung abhängig zu machen⁽⁵⁾. Das Scheidungsrecht hatte sich seine Praktikabilität durch ein immer weiteres Auseinanderfallen des 'Law in the books' und des 'Law in action', von geschriebenem Recht und Rechtswirklichkeit, erkaufte⁽⁶⁾.

- (1) Weitere gesetzgeberische Maßnahmen erfolgten auf dem Gebiet des Scheidungsfolgenrechts sowie beim Scheidungsgrund der unheilbaren Geisteskrankheit. Vgl. die Übersicht bei Rayden, S.9-11
- (2) Mr. Justice (jetzt Lord Justice) Scarman, zitiert in Jackson, aaO. S.59; desgleichen Law Commission, aaO. para.24, S.13 und para.65, S.34; zuvor schon Morton Commission aaO. para.50, S.10
- (3) Law Commission, aaO. para. 28, S.15; vgl. Sir Jocelyn (jetzt Lord) Simon, The Seven Pillars of Divorce Reform, (1965) 62 Gaz. 347, 348
- (4) siehe oben S.17, 18
- (5) Introduction to English Law, S.453
- (6) Esser, aaO.S.19; Rheinstein, aaO.(1956) 9 Vand.LR 243-244, 252; ders. Marriage Stability, S.51-105; Redmount, aaO.S.551; König, aaO.sec.98; vgl. Kahn-Freund, Divorce Law Reform?, (1956) 19 MLR 580 f, 583; Friedmann, aaO.S.249; "Transformation des Rechts durch 'elastic interpretation' und 'down-right fictions'."

Dadurch war es nicht so sehr das 'ob', als vielmehr das 'wie' der Scheidung, das die allgemeine Unzufriedenheit mit dem bestehenden Rechtszustand auslöste. Das Recht, so Mr. Justice Scarman, erzielte sein hohes "Produktivitätsniveau" durch Verkünstelungen, die von den meisten mißbilligt wurden⁽¹⁾, und manchmal zu einem Preis des Leidens Unschuldiger, den keine humane Gesellschaft hinnehmen sollte⁽²⁾. Die Notwendigkeit, eine Eheverfehlung nachzuweisen - und zwar grundsätzlich nur auf einer Seite - bedeutete, daß die Gerichte nur zu oft zu Feststellungen gebracht wurden, die mit dem wahren Sachverhalt nichts zu tun hatten, und gab das Recht der Mißachtung preis⁽³⁾. Alle Änderungen des Rechts hatten diesen unerträglichen Zustand letztlich nicht beseitigen können und damit einen weiteren Beweis für die Unhaltbarkeit des Prinzips der schuldhaften Eheverfehlung als Grundlage des Scheidungsrechts geliefert⁽⁴⁾. "The doctrine of matrimonial offence is one of those legal conventions dear to English law but with little correspondence to reality"⁽⁵⁾. Der Bezug zur Wirklichkeit fehlte, wie bereits festgestellt wurde, in

- (1) Selbst diejenigen Mitglieder der Morton Commission, die sich gegen die Einführung eines Zerrüttungs-Scheidungsgrundes aussprachen, sahen sich veranlaßt, in der Eheverfehlungsdoktrin und der darauf beruhenden Betonung von Schuld und Unschuld ein Element der Künstlichkeit zuzugeben, da im wirklichen Leben verhältnismäßig selten alles Recht auf der einen und alles Unrecht auf der anderen Seite zu finden sei: Cmnd. 9676, para. 69, S.21
- (2) Zitat bei Jackson, aaO.
- (3) Puxon, aaO. S.129; Putting Asunder, para. 42, S.30
- (4) Freeman, aaO. S.182; zur Kritik des Schuldprinzips siehe: Putting Asunder, paras. 34-45, S.25-32; Law Commission, Cmnd. 3123, paras. 25-28, S. 14-16; Watson, aaO. S.331 - 334; Ginsberg, On Justice in Society, S.153; Devlin, aaO. S.75; Pollard, The Problem of Divorce, S.76 f: "The Need for Reform in the Principles Underlying Divorce"; Stone, Family Law, S.137; Ferner Kahn-Freund, aaO.; Harvey, aaO.
- (5) Pollard, aaO. S.76

zweifacher Hinsicht: das Schuldprinzip stimmte weder mit der Rechts- noch mit der sozialen Wirklichkeit überein: In den Worten des Hauptkritikers des früheren Scheidungsrechts, der vom Erzbischof von Canterbury berufenen Studiengruppe der anglikanischen Kirche zur Untersuchung des Scheidungsrechts: "As a piece of social mechanism the present system has not only cut loose from its moral and juridical foundations: it is, quite simply, inept."⁽¹⁾

II. Die Einführung des Zerrüttungsprinzips

Die Beseitigung der aufgezeigten Mängel des Scheidungsrechts konnte nur im Wege einer durchgreifenden Reform seiner Grundlagen erfolgen. Wie in anderen Ländern,⁽²⁾ konzentrierten sich auch in England die Reformvorschläge in erster Linie auf die Einführung des Zerrüttungsprinzips⁽³⁾, allerdings in sehr unterschiedlicher Ausgestaltung.

Die Konzeption der einverständlichen Scheidung - u.a. vorgeschlagen vom Präsidenten der Probate, Divorce and Admiralty Division⁽⁴⁾ - stieß dagegen auf allgemeine Ablehnung⁽⁵⁾, da

- (1) Putting Asunder, para. 45, S.32; Der Gruppe unter dem Vorsitz des Bischofs von Exeter, Mortimer, gehörten eine Reihe namhafter Juristen und Sozialwissenschaftler an. Ihr Bericht, Putting Asunder, A Divorce Law for Contemporary Society, wurde 1966 veröffentlicht. (29.7.1966)
- (2) vgl. oben S. 1
- (3) Putting Asunder, para. 24, S. 16, 17
- (4) Sir Jocelyn Simon, aaO. S.344: Einverständliche Scheidung für Ehepaare ohne minderjährige Kinder, dagegen Scheidungsverbot für die übrigen Ehen
- (5) Putting Asunder, paras. 47, 48, S.33, 34; Die Law CommissionaaO. (paras 78, S.39, para. 83, S.41, 42), sah gewisse Vorteile in der einverständlichen Scheidung, hielt ihre Einführung jedoch für weniger effektiv als die der Zerrüttungsscheidung; vgl. auch: Devlin, aaO. S.76; Morton Commission, para. 69, S.15, 16 und para. 70, S.24; sowie Lord Walker, aaO. S.340

sie die Ehe zu einem jederzeit lösbaren Vertrag degradiere und das vitale Interesse der Gesellschaft an der Dauerhaftigkeit der Ehe leugne⁽¹⁾, jedenfalls aber in den Fällen keine Abhilfe schaffe, in denen der Scheidungsunwillige 'unschuldige' Partner trotz Vorliegens einer Härtesituation die Einwilligung verweigert⁽²⁾.

Eine Reform im Wege der Erschwerung der Ehescheidung, wie sie vereinzelt erwogen wurde⁽³⁾, entsprach nicht mehr dem Denken der Zeit und hatte keinerlei Aussicht auf Verwirklichung⁽⁴⁾.

1. Die Entwicklung des Zerrüttungsgedankens im früheren Recht

Der Rechtsgedanke des Zerrüttungsprinzips - Ehescheidung unabhängig von Verschulden - hatte demgegenüber bereits seit langem Einzug in das englische Scheidungsrecht gefunden: die Einführung der Scheidung wegen unheilbarer Geisteskrankheit und aufgrund gerichtlicher Todeserklärung⁽⁵⁾ 1937 bedeutete die erste Durchbrechung des Grundsatzes, daß die Ehe nur aufgrund schuldhafter Eheverfehlung aufgelöst werden darf⁽⁶⁾. Erstmals ausdrückliche Erwähnung und höchstrichterliche Anerkennung als wichtiges Entscheidungskriterium bei der Ermessensausübung im Falle eigener Eheverfehlung des Klägers fand die Zerrüttung der Ehe 1943 im Urteil des House of Lords in *Blunt v. Blunt*⁽⁷⁾. Mit der Weiterentwicklung des Tatbestandes der ehelichen Grausamkeit hatte die Rechtsprechung de facto die Unzumutbarkeit des ehelichen Zusammenlebens

(1) siehe *Putting Asunder*, para. 48, S. 34

(2) *Law Commission*, aaO. para. 78, S. 39

(3) siehe *Mortlock*, aaO. S. 7, 8; *Freeman*, aaO. S. 183; *Latey*, aaO. S. 143; *McGregor*, aaO. S. 149-151

(4) *Morton Commission*, para. 50, S. 10; *Law Commission* aaO. para. 52, S. 26, 27; vgl. *Friedmann*, aaO. S. 250 f.

(5) 'decree of presumption of death and dissolution of marriage', siehe: *Tolstoy*, S. 105; *Rayden*, S. 9

(6) vgl. *Simon*, aaO. S. 349; *Putting Asunder*, para. 51, S. 36
Morton Commission, *Lord Walker*, S. 340

(7) (1943) AC 517, 525; vgl. *Puxon*, aaO. S. 129; siehe oben S. 20

und damit einen zerrüttungsähnlichen Tatbestand zum Scheidungsgrund gemacht⁽¹⁾.

2. Der Gang der Reformdiskussion

a) Bericht der Royal Commission on Marriage and Divorce 1956

Während also der Rechtsgedanke des Zerrüttungsprinzips, vornehmlich dank der Rechtsprechung, längst stillschweigend zu einem festen Bestandteil des Scheidungsrechts geworden⁽²⁾ und die Zerrüttung selbst als vorrangiges soziales Ordnungsproblem erkannt worden war⁽³⁾, widersetzte sich das Parlament trotzdem noch im Jahre 1965⁽⁴⁾ allen Versuchen, die Zerrüttungsscheidung gesetzlich einzuführen. Der Grund dafür lag im Untersuchungsergebnis der Royal Commission on Marriage and Divorce⁽⁵⁾, mit deren Berufung die Regierung⁽⁶⁾ 1951 die Zurücknahme von Mrs. White's Gesetzentwurf erreicht hatte⁽⁷⁾.

Diese nach Ansicht von McGregor "wohl intellektuell schlechteste königliche Kommission im 20. Jahrhundert"⁽⁸⁾ hatte in

- (1) Putting Asunder, para.50, ¶.35, .36; vgl. Simon, aaO. S.349; vgl. Freeman, aaO.; Puxon, aaO. S.172
- (2) Lord Denning, HL Hansard vol. 278 col. 310, 23.11.1966
- (3) siehe oben S.16
- (4) Mr. Parker's Bill
- (5) Morton Commission (Nach ihrem Vorsitzenden, Lord Morton of Henryton)
- (6) Die Berufung einer Royal Commission erfolgt durch den Souverän auf Vorschlag der Regierung.
- (7) siehe oben S.19u. FN⁴
- (8) aaO. S.193; Kritik an der Morton Commission als Inbegriff der 'Lawyers' insularity' übten insbesondere McGregor, aaO. S.126 f und Kahn-Freund, aaO. (1956) 19 MLR 573 f; siehe ferner Freeman, aaO. S.183 und Pollard, The Problem of Divorce, sowie Irvine, Report of the Mortimer Group, (1967) 30 MLR 72: "a fascinating reflection of official humbug".

ihrem Bericht 1956 eine Vielzahl unterschiedlicher Auffassungen ihrer Mitglieder enthüllt und war zu keinen einheitlichen Empfehlungen hinsichtlich einer Reform der Scheidungsgründe gekommen. Die Vorschläge reichten von der völligen Ablehnung des Zerrüttungsprinzips⁽¹⁾ über dessen begrenzte Einführung⁽²⁾ - Scheidung nach siebenjähriger Heimtrennung mit absolutem⁽³⁾ oder relativem Widerspruchsrecht⁽⁴⁾ - bis hin zu Lord Walker's Votum für die Abschaffung der Eheverfehlungs doktrin und Ersetzung durch einen einzigen Scheidungsgrund: drei Jahre Getrenntleben und Nachweis der endgültigen Zerrüttung⁽⁵⁾.

b) Vorschläge der Studiengruppe des Erzbischofs von Canterbury

Der Bericht der Morton Commission, dieses "enttäuschende Dokument," erwies sich, wie Kahn-Freund befürchtet hatte, "als Epitaph der Scheidungsrechtsreform"⁽⁶⁾ - jedenfalls solange, bis ausgerechnet der radikalste Vorschlag über-raschenderweise von derjenigen öffentlichen Institution aufgegriffen wurde, die sich bisher zusammen mit der katholischen Kirche am meisten einer Reform widersetzt hatte: die anglikanische Studiengruppe des Erzbischofs von Canterbury⁽⁷⁾ - berufen aus Anlaß des Gesetzentwurfs von Mr. Abse MP⁽⁸⁾ - übte in ihrem 1966 erschienenen Bericht 'Putting Asunder' vernichtende Kritik am bestehenden Scheidungsrecht⁽⁹⁾

(1) Neun Mitglieder: Morton Commission, para. 66, S.14; para. 69, S.14-22

(2) Unter Beibehaltung der bisherigen Scheidungsgründe

(3) Fünf Mitglieder: Morton Commission, para. 67, S.14, para. 70, S. 22 - 25

(4) Vier Mitglieder: Morton Commission, para. 68, S.14; para. 71, S.25 - 27

(5) Morton Commission, Lord Walker, S. 341

(6) aaO. S. 600

(7) siehe oben, S.24 FN 1

(8) siehe oben S.19, 20

(9) vgl. oben S. 24; Zur Haltung der Kirchen siehe Herbert, The 'Ayes' have it, sowie Putting Asunder, App. A, S.80 ff.

und empfahl eine "fundamentale Reform" auf der Grundlage der Zerrüttung der Ehe als einzigem Scheidungsgrund⁽¹⁾. An die Stelle des streitigen Verfahrens sollte eine inquisitorische Untersuchung mit dem Ziel der positiven Feststellung der Zerrüttung treten⁽²⁾. Eheverfehlungen sollten jedoch nicht jede Relevanz verlieren, sondern als Beweismaterial dienen, aus dem das Gericht auf die Zerrüttung schließen könnte⁽³⁾. Dasselbe sollte für Getrenntlebens-Zeiträume gelten, die nicht schon per se das Vorliegen der Zerrüttung manifestieren sollten⁽⁴⁾.

Das Gericht würde sich in jedem einzelnen Fall vom Vorliegen der Zerrüttung überzeugen müssen⁽⁵⁾. Fragen der Schuld würden keine Rolle mehr spielen und anstelle des Urteils zugunsten einer Seite sollte eine Art amtlicher Todeserklärung der Ehe treten⁽⁶⁾.

Besondere Bedeutung maß die Studiengruppe der Förderung der Aussöhnung (reconciliation) bei. Das Zerrüttungsprinzip verlange implizit vom Richter sich zu vergewissern, ob keinerlei Aussicht auf eine Rettung der Ehe besteht⁽⁷⁾. Die bestehenden Eheberatungsdienste sollten zu diesem Zweck ausgebaut und den Gerichten eigens ausgebildete Beamte als 'gerichtliche Sozialhelfer' (forensic social workers) beigegeben werden.⁽⁸⁾

(1) Putting Asunder, para. 26, S.18, para. 53, S.37

(2) "breakdown by inquest"

(3) Putting Asunder, para. 55, S.39; para. 80, S.65

(4) Putting Asunder, para. 56, S.39; para. 82, S.66

(5) Die Tatsache, der endgültigen Zerrüttung würde allerdings in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ohne weiteres feststellbar sein: Lord Denning, aaO. col. 312

(6) Putting Asunder, para. 84, S.67 und para. 66, S.52; vgl. Freeman, aaO. S.184; Irvine, aaO. S.75

(7) Putting Asunder, para. 31, S.22

(8) vgl. Law Commission, Cmnd. 3123, para. 62, S.33

Der Zerrüttungsgrundsatz sollte jedoch nicht uneingeschränkt gelten: das öffentliche Interesse an der Auflösung des bedeutungslos gewordenen rechtlichen Bandes der Ehe⁽¹⁾ würde überwogen vom öffentlichen Interesse an der allgemeinen Gerechtigkeit und am Schutz der Institution Ehe: zur Sicherstellung der finanziellen Belange des Ehegatten und der Kinder sowie in Fällen groben Fehlverhaltens sollte das Scheidungsurteil trotz endgültiger Zerrüttung der Ehe verweigert werden können bzw. müssen⁽²⁾.

c) Stellungnahme der Law Commission

Die Reformvorschläge der erzbischöflichen Studiengruppe fanden größte Beachtung in der Öffentlichkeit und führten dazu, daß die Law Commission ihrerseits einen Bericht veröffentlichte, in dem sie sich eingehend mit dem Gutachten der Studiengruppe auseinandersetzte und den Bereich der Reformmöglichkeiten absteckte⁽³⁾.

Nach Ansicht der Law Commission war 'breakdown by inquest' nicht justiziabel⁽⁴⁾. Der positive Zerrüttungsnachweis durch inquisitorische Untersuchung würde ein Moment der Unvorhersehbarkeit und Unbestimmtheit in das Verfahren einführen und die Prozesse langwieriger und kostspieliger machen. Die Gerichtsorganisation wäre überfordert, der erforderliche Ausbau zu teuer und überdies nicht von der öffentlichen Meinung gedeckt, die Mehrausgaben für die Scheidung ablehne⁽⁵⁾.

(1) "empty" legal bonds (ties), aaO. para. 55, S.38 bzw. para. 66, S. 51

(2) Putting Asunder, para. 65, S.51;

(3) Reform of the Grounds of Divorce - The Field of Choice, Cmnd. 3123, veröffentlicht am 10.11.1966. Die Law Commission ist eine seit 1965 bestehende, ständige Kommission zur Erarbeitung von Reformvorschlägen auf allen Gebieten des Rechts (s.1 Law Commissions Act 1965)

(4) aaO. paras. 56-70, S. 27 - 36, insbesondere para. 59, S. 31

(5) aaO. para. 52, S.26, 27

Bei aller Verschiedenheit der Standpunkte⁽¹⁾ bestand jedoch zwischen der Law Commission und der erzbischöflichen Studiengruppe Übereinstimmung darin, daß das bestehende Recht einer grundlegenden Reform bedurfte und das Zerrüttungsprinzip - in welcher Form auch immer - in ein neues Scheidungsrecht Eingang finden sollte. Der praktischen Durchführbarkeit wegen - auf die das Hauptaugenmerk der Kommission gerichtet war⁽²⁾ - hielt diese die Einführung eines zusätzlichen Zerrüttungsgrundes (Scheidung nach einer bestimmten Zeitspanne des Getrenntlebens) für besser als die des 'reinen' Zerrüttungsprinzips⁽³⁾.

d) Ergebnis

Auf der Grundlage dieser Übereinstimmung fanden sich die beiden Gremien zu einer Reihe von Diskussionen zusammen, die dann einen gemeinsamen Gesetzesvorschlag zum Ergebnis hatten⁽⁴⁾. Von dem Abgeordneten William Wilson als Gesetzesinitiative eingebracht⁽⁵⁾, erhielt der gemeinsame Gesetzesvorschlag nach verschiedenen Änderungen schließlich die Zustimmung beider Häuser des Parlaments und wurde am 22. Oktober 1969 als Divorce Reform Act 1969 verkündet.

(1) Seiler, Einführung in die Reformarbeiten zum englischen Ehescheidungsrecht, S.23

(2) Law Commission, Cmnd. 3123, paras. 3, 55, 59, S. 5, 27, 31

(3) aaO. paras. 59, 120 No. 6, S. 31, 54, 55; vgl. para. 70, S. 35. Auch wenn die Kommission ausdrücklich nur den Bereich der Reformmöglichkeiten abstecken und keine bestimmte Empfehlung geben wollte, trat doch aus der Abwägung der Argumente diese Reformmöglichkeit klar als die favorisierte hervor.

(4) Law Commission No. 15, Appendix III: Reform of Grounds of Divorce. Result of Discussions between Archbishop's Group on Divorce and Law Commission, 2.6.1967, abgedruckt bei Wolf/Lücke, aaO. S.95 ff

(5) Divorce Reform Bill, zuerst vorgelegt am 29.11.1967, abgedruckt bei Wolf/Lücke, aaO. S.101 ff

Seit 1971 kann eine Scheidungsklage nur noch auf die endgültige Zerrüttung der Ehe gestützt werden⁽¹⁾. Dem äußeren Anschein nach hat sich das Zerrüttungsprinzip damit im englischen Scheidungsprinzip durchgesetzt und das Prinzip der schuldhaften Eheverfehlung als Rechtsgrund der Ehescheidung verdrängt. Die nachfolgende Untersuchung wird sich mit den Einzelheiten der gesetzlichen Regelung und ihrer Wirkungsweise in der heutigen Rechtswirklichkeit auseinandersetzen. An dieser Stelle ist zusammenfassend festzuhalten: Aufgrund seiner Entstehungsgeschichte muß dieses neue Scheidungsrecht im wesentlichen zweierlei Ansprüchen genügen:

Erstens steht es als Zerrüttungsscheidungsrecht in der Tradition der Reformvorstellungen Lord Walker's und der erzbischöflichen Studiengruppe und wird daran zu messen sein.

Zweitens beruht es auf den Vorarbeiten der Law Commission und muß daher deren Idealvorstellung eines guten Ehescheidungsrechtes gerecht werden. Es soll grundsätzlich die Dauerhaftigkeit der Ehe stärken. Wenn aber bedauerlicherweise einmal eine Ehe endgültig zerrüttet ist, dann soll es die Beseitigung der leeren Rechtsform mit einem Maximum an Fairneß und einem Minimum an Verbitterung, Elend und Demütigung ermöglichen⁽²⁾.

{1) s.1 DRA 1969; Wortlaut siehe oben S. 3 FN 2

{2) Law Commission, Cmd. 3123, para. 15, S.10; vgl. Wolf/Lüke, aaO. S. 36, sowie den Bericht von Brühl, FamRZ 1969, 381

3. Begriffsbestimmung

Eine eingehende Untersuchung des englischen Zerrüttungs-scheidungsrechts setzt zunächst die sprachliche Klärung der dabei verwendeten Begriffe voraus.

Übereinstimmung besteht im rechtsvergleichenden Schrifttum hinsichtlich der Übersetzung des englischen Rechtsbegriffs 'principle (doctrine) of breakdown of marriage' mit 'Zerrüttungsprinzip' bzw. umgekehrt⁽¹⁾. Wird also 'breakdown' in diesem Zusammenhang allgemein mit Zerrüttung gleichgesetzt, so ist demgegenüber die Übersetzung des Terminus 'irretrievable breakdown of marriage' uneinheitlich. Das kann nicht verwundern, ist doch der Begriffsinhalt im Englischen ebensowenig fest umrissen wie der der Zerrüttung der Ehe im Deutschen⁽²⁾.

Motsch⁽³⁾ und Neuhaus⁽⁴⁾ übersetzen mit 'unwiederbringlicher Zusammenbruch der Ehe' und betonen damit ebenso das Fehlen von Heilungsaussichten wie dies Reynold⁽⁵⁾, Marton⁽⁶⁾ und Farnborough mit 'unheilbare Zerrüttung' tun. Demgegenüber haben sich Müller-Freienfels⁽⁷⁾ und Henrich⁽⁸⁾ für den Terminus 'endgültige Zerrüttung' entschieden⁽⁹⁾.

(1) vgl. Turner, aaO. S.896; Müller-Freienfels, Family Law and the Law of Succession in Germany, (1967). 16 ICLQ 436; Bohndorf, Recent Developments in German Divorce Law, (1970) 19 ICLQ 706; Wolf/Lüke, aaO. S.59, 60; Friedmann, aaO. S.241 f.; Rheinstein, aaO. S.315; Giesen, Objektive Ehezerüttung - alleiniger Scheidungsstatbestand? FamRZ 1966, 525; Bosch, Ehe recht in Gefahr?, FamRZ 1971, 63.

(2) Siehe: Putting Asunder, para. 55, S.38, 39; Bromley, The Economic Effects of the Breakdown of Marriage Otherwise than on Death, The Journal of the Society of Public Teachers of Law, 1966/67, vol.IX 205; ders., Family Law (4th ed.), S.133; vgl. Fuchs, Die Zerrüttung der Ehe, S. 114 f.; Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S.135; Neuhaus, Was heißt Zerrüttung der Ehe? Eine terminologische Studie, FamRZ 1968, 57; ders., Wann ist die Ehe zer-rüttet?, ZRP 1972, 156; Mikat, aaO. FamRZ 1962, 81 f.

(3) aaO. FamRZ 1970, 353

(4) aaO. RabelsZ 32 (1968), 58

(5) Zum neuen englischen Scheidungsrecht, DRiZ 1971, 303

(6) Zur Reform des Scheidungsrechts in England, ZRP 1970, 140

(7) Zur englischen Scheidungsreform, JZ 1970, 318

(8) aaO. S.116

(9) ebenso: Wolf/Lüke, aaO. S.101; Bundesregierung, Gesetzentwurf aaO. S.32, 33

Dritter Teil: DIVORCE REFORM ACT 1969

- ÜBERBLICK ÜBER STRUKTUR, INHALT UND BE-
DEUTUNG DES SCHEIDUNGSREFORMGESETZES -

A) Zerrüttungsprinzip - Tatbestand und weitere Ausgestaltung

Mit dem Divorce Reform Act ist das Zerrüttungsprinzip in England und Wales Gesetz geworden⁽¹⁾. Section 1 des DRA 1969 bestimmt, daß der einzige Grund, auf den sich eine Scheidungsklage stützen kann, die endgültige Zerrüttung der Ehe sein soll⁽²⁾. Von diesem Grundsatz ausgehend läßt sich das Scheidungsreformgesetz folgendermaßen einteilen⁽³⁾:

Erster Teil: Tatbestände, "facts" genannt⁽⁴⁾, bei deren Vorliegen die endgültige Zerrüttung der Ehe vermutet wird,

Zweiter Teil: Bestimmungen, die dem Eintritt der endgültigen Zerrüttung entgegenwirken bzw. deren verfrühte oder fälschliche Feststellung verhindern sollen,

Dritter Teil: Bestimmungen für einen Interessenausgleich der Betroffenen nach Eintritt der endgültigen Zerrüttung.

I. Zerrüttungstatbestände

Die Zerrüttungstatbestände sind in s.2 sub-section 1 abschließend aufgeführt: Das Gericht darf die Ehe nur dann als endgültig zerrüttet ansehen, wenn es vom Scheidungs-

(1) Long Title des Gesetzes: "An Act to amend the grounds for divorce and judicial separation; to facilitate reconciliation in matrimonial causes; and for purposes connected with the matters aforesaid." Short Title, d. h. zitierfähiger Titel, s.11(1): Divorce Reform Act 1969.

(2) Siehe oben S.3 FN 2

(3) Das Gesetz enthält keine strenge formale Gliederung

(4) s.2(1)

kläger⁽¹⁾ vom Vorliegen eines oder mehrerer der folgenden Tatbestände überzeugt wird:

s.2(1)(a): daß der Beklagte Ehebruch begangen hat und der Kläger es unerträglich findet, mit dem Beklagten zusammenzuleben;

s.2(1)(b): daß der Beklagte sich derart verhalten hat, daß es vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, mit dem Beklagten zusammenzuleben;

s.2(1)(c): daß der Beklagte den Kläger für einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens zwei Jahren unmittelbar vor Klageerhebung böswillig verlassen hat;

s.2(1)(d): daß die Ehegatten für einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens zwei Jahren unmittelbar vor Klageerhebung getrennt gelebt haben und der Beklagte in den Erlaß eines Urteils einwilligt;

s.2(1)(e): daß die Ehegatten für einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens fünf Jahren unmittelbar vor Klageerhebung getrennt gelebt haben.

Der Nachweis des Vorliegens dieser Tatbestände führt aber nur zu einer widerleglichen Vermutung der endgültigen Ehezerrüttung: sofern das Gericht aufgrund allen Beweisvorbringens der Überzeugung ist, daß die Ehe nicht endgültig zerrüttet ist, darf es die Ehe nicht scheiden: s.2(3).

(1) Die englischen Begriffe 'petitioner' und 'respondent' sollen hier mit Kläger bzw. Beklagter übersetzt werden. Das entspricht den Übersetzungen in Rechtswörterbüchern wie Renner-Tooth, Rechtssprache engl.-deutsch, S.210; Erd-siek-Dietl, S.121 bzw. 211 und bei deutschsprachigen Autoren wie Boschan, aaO.S.198; Farnborough, aaO.NJW 1971, 311; Marton, aaO. ZRP 1970, 140; Seiler, in: Wolf/Lüke, aaO. Andere Begriffe verwenden Reynold, aaO. DRiZ 1971, 303 und Motsch; aaO. FamRZ 1970, 353. Da über den tatsächlichen Inhalt der englischen Begriffe als Termini des streitigen gerichtlichen Erkenntnisverfahrens kein Zweifel besteht, soll hier die Tatsache den Ausschlag geben, daß Autoren in englischer Sprache die deutschen Begriffe im Scheidungsverfahren - Klage, Kläger, Beklagter - mit den englischen gleichsetzen: Turner, aaO.(1969) 18 ICLQ 896; Müller-Freienfels, aaO.(1967) 16 ICLQ 433; Bohndorf, aaO.(1970) 19 ICLQ 705 und Stone in einer nicht veröffentlichten Übersetzung des EheG. für die London School of Economics and Political Science.

II. Verhinderung der Scheidung nicht endgültig zerrütteter Ehen

1. Schutz vor verfrühter oder fälschlicher Feststellung der endgültigen Zerrüttung

In der Bestimmung s.2(3) kommt bereits zum Ausdruck, daß der englische Gesetzgeber einer zerrütteten Ehe keinesfalls nur mit dem Ausspruch des Scheidungsurteils begegnen will.

a) Im Gegensatz zum übrigen Zivilverfahren soll das Gericht daher eine aktive Rolle übernehmen und "soweit es vernünftigerweise kann" die vom Kläger und eventuell vom Beklagten vorgebrachten Tatsachen (facts) untersuchen. Im Scheidungsverfahren gilt daher die Inquisitionsmaxime⁽¹⁾.

b) Wie bereits nach altem Recht darf vor Ablauf von drei Jahren nach der Eheschließung keine Scheidungsklage eingereicht werden; die diesbezügliche Regelung des MCA 1965 bleibt in Kraft⁽²⁾. Der Grundsatz der s.1 DRA 1969 ist insoweit eingeschränkt, als trotz tatsächlicher, endgültiger Zerrüttung der Ehe eine Scheidung innerhalb dieses Zeitraumes nicht möglich ist, es sei denn, es läge eine außerordentliche Härte für den Kläger oder ein außerordentlich verwerfliches Verhalten des Beklagten vor. Bei der Ausübung seines Ermessens, ob er die Klage zulassen will, muß der Richter die Interessen der in Betracht kommenden Kinder sowie die Wahrscheinlichkeit einer Aussöhnung der

(1) s.2(2)DRA 1969

(2) ss.11(2), 9(2), Sched. 2 DRA 1969

Ehegatten im Auge haben⁽¹⁾. Eine während der ersten drei Jahre der Ehe eingetretene Zerrüttung wird demnach vom Gesetzgeber normalerweise nicht als endgültig angesehen.

c) Dem Schutz des Beklagten vor unüberlegter oder beeinflusster Einwilligung und damit Anerkennung des Zerrüttungstatbestandes gemäß s.2(1)(d) dient s.2(6) DRA 1969. Aufgrund dieser Bestimmung ergingen Verfahrensvorschriften⁽²⁾, die sicherstellen, daß der Beklagte über die Rechtsfolgen seiner Einwilligung in den Erlaß eines Scheidungsurteils⁽³⁾ und die Verfahrensschritte Bescheid weiß, die er unternehmen muß, um die Einwilligung anzuzeigen.

- (1) s.2(1)(2) Matrimonial Causes Act 1965. Bei Erschleichung der vorzeitigen Klageerlaubnis kann das Gericht die rechtliche Möglichkeit des Klägers, eine Scheidung zu erlangen, (nur) für die Dauer der Dreijahresfrist aufheben: s.5(5) MCA 1965
- (2) Matrimonial Causes Rules 1971, Rule 12(6), Formblatt ('Form') 5 und 6, Rule 16, in der Fassung von Rule 3, Matrimonial Causes (Amendment) Rules 1972 vom 1.9.1972
- (3) Jedes Scheidungsurteil ergeht zunächst als vorläufiges Urteil ('decree nisi'): s.5(7) Matrimonial Causes Act 1965. Nach Ablauf von sechs Wochen (Matrimonial Causes (Decree Absolute) General Order 1972 wird das Urteil auf Antrag gemäß Rule 65 (1) bzw. s.7(2) Matrimonial Causes Act 1965 für endgültig erklärt: 'decree absolute'. Die Übersetzung von 'decree' mit Urteil anstelle von Beschluß oder Anordnung trägt der Rechtsnatur der Entscheidung Rechnung. Scheidungsurteile ergehen 'inter partes', haben zugleich aber auch generelle Gestaltungswirkung in Bezug auf den Status der Parteien. Kiralfy, English Law, S.158. Die Bezeichnung 'decree' statt 'judgment' (Urteil) ist historischen Ursprungs. Walker & Walker, aaO. S.50. Im strengen Wortsinn ist 'decree' Synonym für 'order', in der Rechtssprache für Matrimonial Causes jedoch ein Unterbegriff von 'judgment'; vgl. Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, S.746 und Jowitt, The Dictionary of English Law, S.589; Renner-Tooth, S.87, Erdsiek-Dietl, S.132. Siehe auch Seiler, aaO. S.22. Anderer Ansicht ist Reynold, aaO. FN 17: Er übersetzt 'decree' dort mit 'Beschluß', im Haupttext jedoch gleichfalls mit 'Urteil'.

Der Beklagte kann die Einwilligung bis zum Erlaß des 'decree nisi' widerrufen⁽¹⁾.

Der Vorrang, den der Gesetzgeber der freien, unbeeinflussten Einwilligung des Beklagten gegenüber der Zerrüttungsbehauptung⁽²⁾ des Klägers bei zweijährigem Getrenntleben⁽³⁾ einräumt, wird noch deutlicher durch die Bestimmung, daß das Gericht das vorläufige Scheidungsurteil auf Antrag des Beklagten annullieren kann. Der Beklagte muß dazu den Beweis erbringen, daß er vom Kläger vorsätzlich oder fahrlässig in irgendeinem Punkt irregeführt wurde, dem er bei der Entscheidung über die Einwilligung Rechnung getragen hat⁽⁴⁾.

2. Verhinderung des Eintritts der endgültigen Zerrüttung

Der englische Gesetzgeber hat sich aber nicht darauf beschränkt, auf eine Ehezerrüttung zu 'reagieren' und eine verfrühte oder fälschliche Feststellung zu verhindern. Eine Reihe von Bestimmungen des Scheidungsreformgesetzes sind vielmehr dazu bestimmt, "to facilitate reconciliation",⁽⁵⁾ zu verhindern, daß eine zerrüttete Ehe endgültig zusammenbricht.

a) Förderung der Aussöhnung durch den Anwalt (solicitor)

Der Anwalt des Klägers hat gegenüber dem Gericht eine Erklärung abzugeben, ob er mit dem Kläger die Möglichkeit einer Aussöhnung erörtert und ihm Namen und Adresse von Personen gegeben hat, die geeignet sind, eine Aussöhnung

(1) s.2(1)(d), Rule 16, Matrimonial Causes Rules 1971

(2) Rule 9(1), Form 2 Abs.(12)

(3) s.2(1)(d)

(4) s.5 DRA 1969

(5) Long Title des DRA 1969, vgl. S.33 FN 1

von Ehegatten herbeiführen zu helfen, die sich einander entfremdet haben⁽¹⁾. Ausführungsbestimmungen stellen klar, daß bei "Personen" insbesondere an die zahlreichen allgemeinen und kirchlichen Eheberatungsstellen sowie an Bewährungshelfer gedacht ist⁽²⁾. Ausdrücklich festgestellt wird ferner, daß der Hinweis auf diese Institutionen und Personen nicht lediglich ein Formalakt sein soll, sondern nur bei ernsthaftem Verlangen in Betracht zu ziehen ist⁽³⁾.

b) Förderung der Aussöhnung durch das Gericht

Wenn dem Gericht die Aussicht auf eine Aussöhnung der Ehegatten begründet erscheint, kann es das Verfahren jederzeit für einen Zeitraum aussetzen, den es für Aussöhnungsversuche geeignet hält⁽⁴⁾. Kommt die Aussöhnung nach Erlaß des vorläufigen Scheidungsurteils zustande, ist dessen Annullierung möglich⁽⁵⁾. Ausführungsbestimmungen geben genaue Hinweise auf mögliche Vorgehensweisen des Gerichts in Zusammenarbeit mit dem Fürsorgebeamten des Gerichts und den bereits bezeichneten Eheberatungsstellen⁽⁶⁾.

Von besonderer Bedeutung für die Feststellung und Förderung von Aussöhnungsmöglichkeiten durch das Gericht sind auch die bereits erwähnten Bestimmungen des Scheidungsreformgesetzes hinsichtlich des Untersuchungsgrundsatzes⁽⁷⁾ und der widerlegbaren Vermutung der endgültigen Zerrüttung⁽⁸⁾ bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale in Section 2(1)(a) bis (e).

(1) s.3(1) DRA 1969, Rule 12(3), Form 3.

(2) Practice Direction des Präsidenten der Family Division des High Court vom 4. bzw. 19.10.1972, (1972) 3 AllER 768; (1972) WLR 1432

(3) Practice Direction, aa0.

(4) s.3(2) DRA 1969

(5) Rule 64, Matrimonial Causes Rules 1971

(6) Practice Direction vom 27.1.1971, (1971) 1 AllER 894

(7) s.2(2) DRA 1969, vgl. S. 35

(8) s.2(3)

c) Mittelbare Förderung der Aussöhnung - Versuchsperiode
für die Ehegatten⁽¹⁾

Aussöhnungsversuche der Ehepartner werden dadurch gefördert, daß die Fortsetzung oder Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens für einen Zeitraum oder mehrere Zeiträume von insgesamt sechs Monaten dem Beweis der einzelnen Zerrüttungstatbestände nicht entgegensteht⁽²⁾.

Ein solcher Zeitraum bleibt daher außer Betracht bei der Feststellung:

s.2(1)(a): ob der Kläger das Zusammenleben unerträglich findet, nachdem er von dem Ehebruch des Beklagten erfahren hat,

s.2(1)(b): ob es vom Kläger vernünftigerweise erwartet werden kann, nach dem letzten Vorfall, auf den sich die Klage stützt, mit dem Beklagten zusammenzuleben,

s.2(1)(c)(d)(e): ob der Zeitraum bei der böswilligen Verlassung oder beim Getrenntleben ununterbrochen war. Bei der Berechnung des Zeitraums bleibt die Zeit des Zusammenlebens außer Ansatz.

Vereinfachend läßt sich sagen, daß ein Zusammenleben der Ehegatten im gleichen Haushalt⁽³⁾ von sechs Monaten und darunter keinen Beweis dafür induziert, daß die Ehe nicht zerrüttet sei, und deshalb versucht werden kann, ohne dabei den Verlust des Scheidungsrechts zu riskieren. Leben die Ehegatten länger als sechs Monate zusammen, ist das Gericht in seiner Beweiswürdigung frei, der Kläger kann sich für eine Scheidung aufgrund von s.2(1)(a) jedoch nicht mehr auf den Ehebruch stützen⁽⁴⁾.

(1) "Provisions designed to encourage reconciliation" Überschrift zu s.3 DRA 1969 (Hat keine Gesetzeskraft, verdeutlicht aber gleichwohl die Beweggründe des Gesetzgebers.)

(2) s.3, sub-sections 3(a),4,5, DRA 1969

(3) s.3(6) DRA 1969

(4) s.3(3)(b) DRA 1969

III. Interessenausgleich im Fall der endgültigen Zerrüttung

Den Ausgleich der Interessen der Betroffenen überließ der Gesetzgeber nicht ausschließlich dem Scheidungsfolgenrecht. Vielmehr sieht das Scheidungsreformgesetz in bestimmten Fällen vor, daß trotz tatbestandsmäßigen Vorliegens der endgültigen Zerrüttung diese nicht ohne weiteres mit einem Scheidungsurteil "sanktioniert", sondern der Tatbestand zum Hebel wird, mit dem wirtschaftliche und sonstige Belange des Beklagten und anderer betroffener Personen gegenüber dem Kläger durchgesetzt werden können - nötigenfalls unter Durchbrechung des Zerrüttungsgrundsatzes.

1. Interessenausgleich durch Aufrechterhaltung der Ehe Härteklauseel -

Im Falle des fünfjährigen Getrenntlebens ist der Wahrnehmung der Interessen des Beklagten und mittelbar der Belange anderer Betroffener der Vorrang gegenüber dem Zerrüttungsprinzip eingeräumt worden. Das Gericht muß auf den Widerspruch des Beklagten hin die Klage abweisen, wenn es unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich des Verhaltens der Ehegatten und ihrer Interessen sowie jener der von der Scheidung betroffenen Kinder und anderer Personen zu der Ansicht gelangt, daß die Auflösung der Ehe zu einer schweren finanziellen oder sonstigen Härte für den Beklagten führen würde und unter all den Umständen "wrong" wäre⁽¹⁾.

(1) s.4(1)(2) .DRA. 1969; "and that it would in all the circumstances be wrong to dissolve the marriage". Der Begriff 'wrong' steht hier nicht für eine Rechtsverletzung, sondern wird im untechnischen, moralischen Sinne, etwa für "falsch" oder "unbillig", verwendet. Vgl. Annesley, Five Years' Separation, (1973) 117 Sol.J.405; Rheinstein, Marriage Stability, S.345

Der Begriff Härte soll den Fall einschließen, daß der Beklagte irgendeines Vorteils verlustig geht, den er hätte erwerben können, wäre die Ehe nicht geschieden worden⁽¹⁾.

Die Möglichkeit der einseitigen Scheidung von einem unschuldigen und widerstrebenden Ehegatten nach fünf Jahren Getrenntlebens soll durch einen weiten Ermessensspielraum des Gerichts bei der Verhängung von finanziellen Sanktionen ausgeglichen und unter Kontrolle gehalten werden⁽²⁾. Hervorzuheben ist, daß nicht die alleinigen Interessen des beklagten Ehegatten den Ausschlag geben, sondern vielmehr auch die der Kinder der Familie oder einer außerehelichen Verbindung des Klägers und die des außerehelichen Partners in die Entscheidung einbezogen werden müssen⁽³⁾.

2. Interessenausgleich durch Aufschub des Scheidungs- urteils - beschränkte Härteklausel -

a) Ehegatten

Wenn in den Fällen des Getrenntlebens ohne Verschulden⁽⁴⁾ ein vorläufiges Scheidungsurteil ergangen ist, muß das Gericht auf Antrag des Beklagten alle Umstände, einschließlich des Alters, der Gesundheit, des Verhaltens, der Erwerbskraft, der finanziellen Mittel und Verbindlichkeiten

(1) s.4(3) DRA 1969

(2) Puxon, aaO. S.137

(3) Passingham, The Divorce Reform Act 1969, para.62, S.25

(4) s.2(1)(d) oder (e) DRA 1969

der Ehegatten sowie die finanzielle Lage des Beklagten nach der Scheidung bei früherem Ableben des Klägers in Erwägung ziehen.

Das Urteil darf nur dann für endgültig erklärt werden, wenn das Gericht überzeugt ist,

- entweder, daß keine finanziellen Vorkehrungen des Klägers für den Beklagten notwendig sind

- oder, daß die getroffenen Vorkehrungen angemessen und gerecht oder jedenfalls die besten sind, die unter den Umständen möglich sind⁽¹⁾.

Falls es die Umstände geraten erscheinen lassen und eine zufriedenstellende bindende Zusage des Klägers vorliegt, finanzielle Vorkehrungen mit Billigung des Gerichtes zu treffen, kann das Urteil jedoch auch ohne Verzögerung für endgültig erklärt werden⁽²⁾.

b) Kinder

Das Gericht darf ein Scheidungsurteil nur dann für endgültig erklären, wenn es überzeugt ist, daß das Wohl ("Welfare") der Kinder der Familie zufriedenstellend gesichert ist⁽³⁾.

Anders als beim Interessenausgleich der Ehegatten durch Aufschub des endgültigen Scheidungsurteils muß das Gericht bei jeder Scheidung, von der Kinder betroffen werden, von Amts wegen tätig werden. Eine entsprechende Regelung zum Schutze der Kinder einer geschiedenen Ehe war bereits im Matrimonial Causes Act 1965 enthalten⁽⁴⁾. Das Scheidungs-

(1) s.6(1), (2) DRA 1969

(2) s.6(3) DRA 1969

(3) s.17(1), (2) Matrimonial Proceedings and Property Act 1970

(4) s.33

reformgesetz behielt diese Regelung bei. Im Matrimonial Proceedings and Property Act 1970⁽¹⁾ wurde sie dann neu gefaßt⁽²⁾. Trotz endgültiger Zerrüttung wird demnach die Ehe nicht geschieden, solange das Gericht nicht durch Beschluß festgestellt hat,

- entweder, daß keine Kinder vorhanden sind, auf die die Vorschrift Anwendung findet⁽³⁾,

- oder, daß für alle in Betracht kommenden, namentlich aufgeführten Kinder Vorkehrungen zu ihrem Wohl⁽⁴⁾ getroffen wurden, die zufriedenstellend oder unter den Umständen die bestmöglichen sind,

- oder, daß es für einen oder beide Ehegatten undurchführbar ist, vor Gericht zu erscheinen und solche Vorkehrungen zu treffen,

- oder, daß Umstände vorliegen, die es erforderlich machen, das Urteil unverzüglich für endgültig zu erklären.

Den letzteren Beschluß darf das Gericht jedoch nur dann fassen, wenn es von einem oder beiden Ehegatten die zufriedenstellende Zusicherung erhalten hat, daß die Frage der Vorkehrungen für die Kinder innerhalb eines bestimmten Zeitraums erneut vor das Gericht gebracht wird⁽⁵⁾.

Der Begriff "arrangements for the welfare" umfaßt in diesem Zusammenhang Maßnahmen für die Personensorge, Erziehung und den Unterhalt der in Betracht kommenden Kinder der Familie⁽⁶⁾.

{1} abgekürzt: MPPA 1970, in Kraft getreten am 1.1.1971

{2} s.17: zum Verfahren: Halsbury's Laws, paras. 633, 863 A

{3} "Children of the family": unter diesen Begriff fallen Kinder der beiden Ehegatten wie auch jedes andere Kind, das beide Ehegatten als Kind ihrer Familie 'behandelt' haben, s.27(1) MPPA 1970 im Gegensatz zu der engeren Fassung in s.46(2) MCA 1965; vgl. W(R.J.) v.W.(S.J.) (1972) Fam. 152; A.v.A. (Family:Unborn Child) (1974) Fam.6; (1974) 2 WLR 106; Eekelaar, aaO.S.150; Siehe Samuels, Financial Provision - The New Law, (1972) 122 NLJ 867

{4} "arrangements for the welfare"

{5} s.17(1)(2) MPPA 1970

{6} s.17(6) MPPA 1970. In Betracht kommen Kinder unter 16 Jahren oder bis 18 Jahren, falls sie sich in Ausbildung befinden, oder Kinder, die vom Gericht aufgrund besonderer Umstände durch Beschluß miteinbezogen werden: s.17

(5) MPPA 1970, s.1 Family Law Reform Act 1969

Wenn diese Vorschriften zum Schutze der Kinder auch nicht Scheidungshindernisgrund im strengen Sinne sind, so haben sie doch tatsächlich die gleiche Wirkung. Werden sie nicht eingehalten, ergeht kein endgültiger Scheidungsausspruch. Die Interessen der Kinder haben Vorrang vor dem Scheidungsbegehren der in zerrütteter Gemeinschaft lebenden Ehegatten. Die besondere Bedeutung, die der Gesetzgeber der Wahrung der Interessen der Kinder einer geschiedenen Ehe beimißt, wird dadurch unterstrichen, daß das Gericht bei jeder Scheidung einen Beschluß darüber herbeiführen muß⁽¹⁾. Falls es die Scheidung ohne einen solchen Beschluß für endgültig erklärt, sind das Urteil und jede nachfolgende Wiederheirat nichtig⁽²⁾.

3. Interessenausgleich im Wege außergerichtlicher Vereinbarungen über Scheidungsvoraussetzungen und -folgen

Das Zustandekommen unstreitiger Scheidungen wird dadurch erleichtert, daß Scheidungsfolgenvereinbarungen oder Vorschläge dazu dem Gericht von einer der Parteien oder beiden, unabhängig von einem Scheidungsverfahren oder schon vor Beginn des Verfahrens, vorgelegt werden können. Soweit es das Gericht für angebracht hält, wird es zur Angemessenheit der Regelungen Stellung nehmen und gegebenenfalls Anweisungen geben⁽³⁾.

Der Vollständigkeit halber soll erwähnt werden, daß das Scheidungsreformgesetz, das so deutlich jede Art von gütlicher

(1) s.17(1), (4) MPPA 1970

(2) s.17(3) MPPA 1970; Passingham, aaO. S.26; Levin, aaO.(1970) 33 MLR 645

(3) s.7 DRA 1969, Rule 6 Matrimonial Causes Rules 1971

Einigung der Ehepartner fördert, der bisherigen Praxis selbstverständlich nichts entgegenstellt, die Erhebung der Scheidungsklage wegen vorangegangener Eheverfehlungen vertraglich auszuschließen. Wenn es auch die Eheverfehlungen im Rechtssinne nicht mehr gibt, auf deren Geltendmachung man vertraglich verzichten könnte, so bleiben die Verfehlungen doch als "fact" im Sinne von s.2(1) DRA 1969 bestehen. Ein solches Übereinkommen der Ehegatten muß bestimmten, von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien genügen - nach der Leitentscheidung "Rose v. Rose Clause" genannt⁽¹⁾ - und gibt den Parteien eine prozessuale Einrede⁽²⁾. Kommt es zum Prozeß, so sind die Parteien zwar gehindert - "estopped" - ihr Vorbringen auf die vertraglich ausgeschlossenen Sachverhalte und Rechte zu stützen, das Gericht kann diese aber aufgrund seiner Untersuchungspflicht nach s.2(2) DRA 1969 zur Sachaufklärung heranziehen, soweit sie entscheidungserheblich sind⁽³⁾.

IV. Zusammenfassung

Mit dem Scheidungsreformgesetz hat der englische Gesetzgeber die grundsätzliche Abkehr vom 'System von Schuld und Strafe'⁽⁴⁾ im Scheidungsrecht vollzogen: die endgültige Zerrüttung der Ehe ist der einzige Grund, eine Ehe zu scheiden⁽⁵⁾. Die 'traditionellen' Scheidungsgründe, auch wenn sie zum Teil als Indizien der Zerrüttung Erwähnung finden, wurden abgeschafft.⁽⁶⁾

- (1) Rose v. Rose (1882) 7 P.D.225; (1883) 8 P.D. 98 CA; siehe oben S. 12
- (2) Tolstoy, S. 106; vgl. Levin, aaO. S.645,646
- (3) Tolstoy, S.107
- (4) Mortlock, The Inside of Divorce, S.16; vgl. Putting Asunder, para 26, S.18; Eekelaar, aaO. S.231
- (5) "sole ground" s.1 DRA 1969
- (6) s.9(2), Sched. 2 DRA 1969, s.1(1) MCA 1965; vgl. S. 34

Zwischen den Extremen, das Gericht zur bloßen Registratur⁽¹⁾ der von den Ehegatten behaupteten Zerrüttung zu machen oder in jedem Fall eine peinlich genaue Untersuchung des jeweiligen Ehezustandes vorzunehmen, glaubt man einen vernünftigen und gangbaren Weg gefunden zu haben, wirklich "tote" Ehen "mit Anstand und Würde und auf solche Weise zu beerdigen, daß harmonische Beziehungen zwischen den Ehegatten und ihren Kindern in Zukunft gefördert werden"⁽²⁾. Die Feststellung der Zerrüttung knüpft an gewisse, typische, Ehesituationen an, bei deren Vorliegen bis zum Beweis des Gegenteils die endgültige Zerrüttung der Ehe angenommen werden muß. Die bisherigen Scheidungshinderungsgründe wurden aufgehoben⁽³⁾.

Die Vorgänge in einer Ehe, die zur Zerrüttung führen, werden nicht als bloße Privatsache der Ehegatten angesehen. Das Interesse des Staates und der Gesellschaft an 'funktionierenden' Ehen wird durch eine Reihe von Bestimmungen unterstrichen, mit denen der Zerrüttung begegnet werden soll:

Die Zerrüttungstatbestände sind alle so gefaßt, daß eine Wiederannäherung der Ehepartner ohne Gefährdung ihrer Rechte möglich ist. Anwalt und Gericht sind ihrerseits gehalten, jedwede erfolversprechende Chance einer Aussöhnung der Ehegatten zu fördern.

Das Zerrüttungsprinzip ist im Scheidungsreformgesetz kein absolut geltender Rechtsgrundsatz. Für den englischen Gesetzgeber ist es nur ein Mittel, die Interessenkonflikte der von einer endgültig zerrütteten Ehe Betroffenen zufriedenstellend zu lösen. Deshalb kann zur Sicherstellung solcher Interessen der Scheidungsausspruch aufgeschoben werden oder sogar ganz unterbleiben.

(1) vgl. Heald, Standing Committee, HC, col. 3; Law Commission, Cmd. 3123, para 52, S.27; Santos v. Santos (1972) 2 ALLER 256

(2) Law Commission, Cmd. 3123, paras. 16, 17, S.10, 11

(3) s.9(2), Sched.2 DRA 1969, s.5(1),(2),(3),(4), MCA 1965; siehe S.11, 12

B) Das Scheidungsreformgesetz im System des englischen Ehescheidungsrechts

I. Wesen und Interdependenz der Rechtsquellen

Eine Darstellung der Rechtslage nach Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes am 1.1.1971 setzt die Beantwortung zweier Vorfragen voraus:

- welche Stellung nimmt das Scheidungsreformgesetz im System des englischen Ehescheidungsrechts ein und
- welche Bedeutung kommt der Rechtsprechung auf diesem Rechtsgebiet zu?

Zwar rühren die Unterschiede zwischen dem deutschen und dem englischen Scheidungsrecht nicht primär von einem Gegensatz zwischen kontinentaler und anglo-amerikanischer Rechtsordnung her⁽¹⁾, aber gleichwohl ist das jeweilige Recht Bestandteil des historischen Systems und Funktion des Kultur- und Soziallebens des betreffenden Landes und gibt deren Eigentümlichkeiten in spezifischen Ordnungsformen Ausdruck. Die Beurteilung von Ausmaß und Bedeutung der englischen Scheidungsrechtsreform setzt daher die Kenntnis des rechtlichen Axiomensystems voraus, in welches das Gesetz einzuordnen ist, zumal gerade das Regelungsfeld des Familienrechts besonders eng mit den geschichtlichen Traditionen und Institutionen verknüpft ist⁽²⁾. Dieses System wird bestimmt von der Bedeutung, die der Gesetzgebung und Rechtsprechung per se und in ihrem Verhältnis zueinander in der englischen Rechtsordnung zukommt.

(1) Friedmann, Legal Theory, S. 523

(2) ders. aaO.; Für den geschichtlichen Hintergrund siehe eingangs S. 6 ff

1. Regelungsumfang des Scheidungsreformgesetzes

Der englischen Gesetzgebungstradition folgend wurde auch beim Scheidungsreformgesetz von 1969 davon abgesehen, eine umfassende, in die Einzelheiten gehende Neuregelung des Rechts der Ehescheidung vorzunehmen⁽¹⁾. Das Gesetz von 1969 ist der Form nach ein Änderungsgesetz⁽²⁾ zum Matrimonial Causes Act 1965, mit dem zusammen es eine Einheit bildet⁽³⁾. Auf dem Gebiet des Scheidungsrechts - einschließlich des Scheidungsfolgen- und -verfahrensrechts - sind daneben noch eine Reihe weiterer Gesetze in Kraft, z. B. Matrimonial Causes Act 1967, Matrimonial Proceedings and Property Act 1970, Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970⁽⁴⁾. Das Gesetz von 1969 ist demnach kein "divorce code"⁽⁵⁾, wie es ja überhaupt an einer erschöpfenden Kodifizierung des gesamten Familienrechts bis heute in England fehlt⁽⁶⁾. Der Zustand des statute law auf diesem Rechtsgebiet ist kompliziert und unbefriedigend⁽⁷⁾, Waters spricht von "legislative jungle"⁽⁸⁾. Die Meinung, daß es sich beim Scheidungsreformgesetz bereits um einen Teil des neuen Familiengesetzbuches handelt, an dessen Entwurf die Law Commission arbeitet, wurde von einem ihrer Vertreter selbst als "obiter dictum" bezeichnet und scheint zu optimistisch zu sein⁽⁹⁾.

(1) vgl. Henrich, aaO. S.112, zum Familienrecht allgemein; Seidl, aaO. S.79

(2) Long Title, siehe oben S.33 FN 1

(3) s.11(2) DRA 1969

(4) Welche Bestimmungen dieser Gesetze für die vorliegende Untersuchung des materiellen Ehescheidungsrechts von Bedeutung sind, wird im jeweiligen Sachzusammenhang dargestellt werden.

(5) James, Introduction to English Law, S.453: 'code' hier im kontinentalen Sinne "eines vorgedachten geschlossenen Normensystems"

(6) Zweigert-Kötz, aaO. S. 250

(7) James, aaO.

(8) Divorce Reform Act 1969 in Retrospect-II, (1972) 116 Sol.J. 327

(9) Freeman, aaO. S.203; vgl. Mortlock, The Inside of Divorce, S.186

Das Gesetz ist jedoch Bestandteil der umfassenden Überprüfung des Familienrechts, die die Law Commission vornimmt "with a view to its systematic reform and codification"⁽¹⁾. Daß die Entwicklung auf diesem Gebiet noch immer als "Stückwerk" erfolgt⁽²⁾, wird unterstrichen am Beispiel des "consolidation"-Gesetzesentwurfs auf dem Gebiet des Familienrechts, den der Lord Chancellor dem Parlament aufgrund eines Berichts der Law Commission im Dezember 1972 vorgelegt hat⁽³⁾. Der damalige Vorsitzende der Kommission und heutige Lord Justice Scarman hat die weitere Entwicklung so umschrieben, daß die Law Commission hofft, dem Parlament Anfang der Siebziger Jahre eine Reihe weiterer Gesetzesentwürfe vorschlagen zu können, die dann alle Aspekte des Familienrechts berücksichtigen und schließlich zu dessen Kodifikation führen sollen⁽⁴⁾. Diese Kodifikation hat hohe Priorität unter den Vorhaben der Kommission⁽⁵⁾.

Aber, auch wenn man von der Frage der Erschöpfung der Rechtsmaterie absieht und das Gesetz von 1969 lediglich als Spezialgesetz für die Scheidungsrechtsreform untersucht, erfüllen die Bestimmungen für sich betrachtet nicht die Erwartungen an einen divorce code, zumindest nicht die eines kontinentalen Juristen.

- (1) Law Commission, No. 14, Second Programme of Law Reform; desgl. Law Commission, No. 42, Working Paper Family Law, S. 4
- (2) Jackson, The Machinery of Justice in England, S. 59; Passingham, The Matrimonial Proceedings and Property Act 1970, S. 1
- (3) Law Commission, No. 51, Nov. 1972, Matrimonial Causes Bill. Jetzt Matrimonial Causes Act 1973, c. 18: in Kraft seit 1.1.1974. Dieser sog. Consolidation Act hat eine Reihe von Einzelgesetzen ganz oder teilweise zusammengefaßt, materiell jedoch nur geringfügige Änderungen gebracht, die mangels Vergleichbarkeit an dieser Stelle nicht erörtert werden können. Da Rechtsprechung und Literatur fast ausschließlich nur zu den Einzelgesetzen vorliegen, werden die alten Paragraphenbezeichnungen in der vorliegenden Untersuchung beibehalten werden.
- (4) Scarman, Geleitwort zu (1971) 1 Fam. Law 2
- (5) Passingham, Divorce Law and Proceedings, The Winds of Change, (1969) 66 Gaz. 43

Keine der Qualifizierungen des Zerrüttungstatbestandes enthält abschließend konkretisierte Tatbestandsmerkmale⁽¹⁾; Legaldefinitionen gibt es nur in Ansätzen⁽²⁾. Ansonsten enthält das Gesetz eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe⁽³⁾ und Ermessensbestimmungen.

Wie von Neuhaus bereits zum gemeinsamen Vorschlag der Law Commission und der erzbischöflichen Studiengruppe vom Juli 1967 bemerkt wurde⁽⁴⁾, hat der Richter die Möglichkeit, jede unerwünschte Scheidung zu verweigern. Andererseits kann der scheidungsbereite Richter bei einzelnen Zerrüttungstatbeständen eine rasche Scheidung gewähren⁽⁵⁾. Richterlichen Vorstellungen von der Ehe ist (wieder) unbegrenzter Raum gegeben⁽⁶⁾.

Die erforderliche Interpretation des Scheidungsreformgesetzes und die Aufstellung von Regeln für den Ermessensgebrauch dürfen aber nicht nur als rechtstechnische, 'handwerkliche' Notwendigkeit betrachtet werden. Das Gesetz von 1969 bedarf auch der Klarstellung in dogmatischer und rechtspolitischer Hinsicht.

- (1) vgl. Polak, The Divorce Reform Act 1969... (1972) 2 Fam.Law 164; Rheinstein, aaO. S.351; Die übliche Bezeichnung "guide lines" ist deshalb sehr treffend. Für andere: Passingham, The Divorce Reform Act 1969, para. 6, S.4; Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant (1972) Fam. 202; (1972) 1 ALLER 587; (1972) 2 WLR 353
- (2) z.B. s.2(5) DRA 1969; Jedoch: "It would be over-optimistic to believe that there will be no difficulty in defining the meaning of the word "household" in this new context": Deech, aaO. (1972) 35 MLR 120; vgl. Santos v. Santos (1972) 2 ALLER 25, Sachs LJ.
- (3) z.B. "wrong", s.4(2) DRA 1969; vgl. Bromley, aaO. S.215; Freeman, aaO. S.186 spricht von "vague statements in the Act". Ebenso Rheinstein, aaO.: "terms of vagueness".
- (4) Law Commission, No. 15, 3rd Annual Report, App. III
- (5) Neuhaus, aaO. RabelsZ 32 (1968), 59
- (6) Seidl, aaO. S.78

Eine Reihe kritischer Zitate aus dem Schrifttum muß an dieser Stelle zur Stützung dieser Arbeitsthese zunächst genügen: Die englische Regelung ist vom systematischen Standpunkt alles andere als geradlinig⁽¹⁾, ein "somewhat uneasy compromise"⁽²⁾, der nach den Worten von Freeman auf einem unglücklichen Kurs zwischen der Scylla von Putting Asunder⁽³⁾ und der Charybdis von Field of Choice⁽⁴⁾, zwischen Philosophie und Pragmatismus, treibt⁽⁵⁾. Diese Kompromiß-Eigenschaft⁽⁶⁾ zusammen mit der Tatsache, daß auch nach dem Scheidungsreformgesetz kein einheitliches Scheidungsrecht besteht⁽⁷⁾, 'stellen unzweifelhaft klar, daß der Rechtsprechung unabhängig von Unterschiedlichkeiten in der Rechtsordnung - Common Law - Civil Law System - ⁽⁸⁾ aus Sachzwang eine maßgebliche Rolle im System des englischen Scheidungsrechts zukommen muß. Barton hält die Zahl der Fragen, die das Gesetz von 1969 offenläßt, für außergewöhnlich und bezeichnet es als "Skelett-Gesetz", dessen Details eher durch richterliche Entscheidung, als durch administrative Hilfsvorschriften auszufüllen seien⁽⁹⁾.

- (1) Neuhaus, aaO.; vgl. Stone: "It presents ... an extraordinary mixture of conflicting policies" (1969) 3 FLQ 375
- (2) Passingham, aaO. para 4, S.2
- (3) siehe oben S.27 ff.
- (4) siehe oben S.29 ff.
- (5) Freeman, aaO. S.185; Waters, aaO. spricht sogar von "the dichotomy of the Act and its schizophrenic approach to the whole problem of dissolution of marriage": (1972) 116 Sol.J.305; vgl. auch die fundamentale Kritik der Divorce Reform Bill von Lasok, (1968) 112 Sol.J.453 u. 473 (Reforming the Divorce Law)
- (6) Jackson, aaO. S.61; Rheinstein, aaO.S.352; James, aaO. S.454; Bromley, aaO. S.213, Oerton, Reforming the Divorce Law - a Rejoinder II (1968) 112 Sol.J.573
- (7) Bates, Divorce Costs etc., (1973) 2 AALR 196; vgl. S. 48
- (8) Siehe S.7 FN 3, sowie S.52 FN 4 und S.52 FN 5
- (9) Questions on the Divorce Reform Act, (1970) 86 LQR 356; Die hier angeklungenen, über die Tatsachenfeststellung hinausgehenden, Wertungen des Scheidungsreformgesetzes müssen an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Wieweit sie berechtigt sind, wird sich aus der Untersuchung des Kritikgegenstandes, des heutigen Scheidungsrechts in England, ergeben.

2. Das Verhältnis von Gesetzesrecht und Richterrecht auf dem Gebiet des Scheidungsrechts

Auch wenn die Skeletthaftigkeit des Scheidungsreformgesetzes von englischen Juristen vielfach beklagt wird, so ist das doch keine außergewöhnliche Erscheinung im englischen Rechtsleben und historisch zu erklären.

Trotz der langen Kette verschiedener Matrimonial Causes Acts und verwandter Gesetze seit 1857⁽¹⁾, die das Scheidungsrecht zu einer Domäne des Statute Law gemacht haben, gilt auch heute noch das frühere Ecclesiastical Law⁽²⁾ subsidiär weiter⁽³⁾. Eigentliches Common Law gibt es auf diesem Rechtsgebiet wenig⁽⁴⁾.

Aus dem Wesen der englischen Rechtsordnung im allgemeinen und der Fortgeltung des Ecclesiastical Law im besonderen ergeben sich zwei wichtige Folgerungen für die Bedeutung des Richterrechts und Gesetzesrechts im heutigen Scheidungsrecht: Einerseits war der Gesetzgeber von der Notwendigkeit, eine umfassende und detaillierte Kodifikation des Scheidungsrechts vorzunehmen, ursprünglich schon deshalb befreit, weil das Ecclesiastical Law dieselbe Aufgabe erfüllte. Andererseits hätte eine solche Kodifikation damals, wie in geringerem Maße auch heute noch, nicht der englischen Rechtsordnung entsprochen. Vor dem Hintergrund dieses Common Law Systems⁽⁵⁾

- (1) Matrimonial Causes Acts 1857, 1859, 1860, 1866, 1873, 1884, 1907, 1923, 1937, 1944, 1950, 1963, 1965, 1967, und jetzt auch wieder 1973;
- (2) siehe historische Einführung, S. 6 ff;
- (3) vgl. Matrimonial Causes Act 1857, s.22; Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925, s.21; siehe auch das oben, S.7 FN 6 bezeichnete Schrifttum
- (4) Lord Devlin, aaO. S.66; Pollock & Maitland, vol. II S.394; Common Law im engeren Sinne steht als Case Law im Gegensatz zum Statute Law (Gesetzesrecht) vgl. Zweigert-Kötz, aaO. S.236; Henrich, aaO. S.16, 17; Gemeint ist hier Common Law = Case Law, das nicht auf dem Ecclesiastical Law beruht.
- (5) Common Law im weiteren Sinne als das Rechtssystem der Länder mit englischer Rechtstradition, im Gegensatz zum Civil Law der kontinentalen Rechtstradition.

muß jedes Rechtsgebiet gesehen werden, auch wenn es prinzipiell vom Statute Law beherrscht wird, da es sich der Begriffe und Kategorien des Case Law bedient⁽¹⁾, dieses schlechthin voraussetzt und bewußt den Rechtsstellungsanteil zu erwartender Rechtsprechung miteinbezieht.

Die überkommene Frage nach der primären Rechtsquelle im englischen System wird heute ganz allgemein als überholt angesehen⁽²⁾; auf dem Gebiet des Scheidungsrechts, das seit über 100 Jahren gesetzlich geregelt ist, ist sie obsolet. Damit darf jedoch nicht die Tatsache der - dem kontinentalen Juristen fremd erscheinenden - unterschiedlichen Gewichtung des Gesetzesrechts in England als gleichfalls überholt verstanden werden:

Gesetze sind in England meist ad-hoc-Korrekturen der Entwicklung des Case Law, dessen Präjudizienketten dadurch entweder abgeschnitten, eingegrenzt oder neu begründet werden. Sie sollen den Normenkomplex des Case Law ergänzen oder an veränderte Zeitumstände anpassen⁽³⁾, einen konkreten sozialen oder wirtschaftlichen Mißstand beseitigen⁽⁴⁾. Sie sind daher zunächst Fremdkörper⁽⁵⁾, Enklaven politischer Ordnungsmacht⁽⁶⁾, die dann sofort im Geiste des Common Law ausgelegt, d. h. von einem dichten Gewebe maßgeblicher Präjudizien umspinnen und untrennbar in das Common Law einverwoben werden⁽⁷⁾.

(1) Zweigert-Kötz, aaO. S.251

(2) Zweigert-Kötz, aaO. Esser, Grundsatz und Norm, S.284; vgl. Cross, aaO. S.147, 169 ff; vgl. Kiralfy, aaO. S.164; Zippelius, Das Wesen des Rechts, sagt, die eigentliche Rechtsquelle sei das immer wieder an Einzelfällen erprobte Judiz, also das geschulte Gerechtigkeitsempfinden des Richters: aaO. S.114

(3) Blumenwitz, aaO. S.40, Friedmann, aaO. S.3

(4) Zweigert-Kötz, aaO. S.321

(5) Blumenwitz, aaO.

(6) Esser, aaO. S.129 FN 145, S.228

(7) Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, S.28; Cross, aaO.

Die Entwicklung verläuft dergestalt, daß der Gesetzeswortlaut mehr und mehr von interpretierenden Gerichtsentscheidungen überlagert wird, die dann als 'precedents' an die Stelle der gesetzlichen Vorschriften als Ausgangsmaterial richterlicher Rechtsfindung treten⁽¹⁾. Esser spricht von einem angelsächsischen Standpunkt, daß auch im Bereich der Interpretation "geltendes" Recht **n u r** die gerichtliche Ausprägung der Rechtssätze sei⁽²⁾.

Die zu Beginn des Abschnittes⁽³⁾ gestellte Vorfrage nach der Bedeutung der Rechtsprechung auf dem Gebiet des englischen Scheidungsrechts kann demzufolge mit einer Formulierung Essers klar beantwortet werden: "Erst die Kasuistik teilt uns mit, was Rechtens ist"⁽⁴⁾.

Neben die eingangs⁽⁵⁾ aufgezeigte 'normale' Interpretationsaufgabe der Rechtsprechung, wie sie auch der Richter im Civil Law System erfüllt und die 'gesetzesbedingt' ist, tritt im Common Law die 'systembedingte' Sonderrolle des Richters als Quelle des Rechts⁽⁶⁾. Ansehen und persönliche Autorität des englischen Richters stehen mit dieser Funktion in Wechselbeziehung und verstärken die Bindungswirkung der Präjudizien⁽⁷⁾.

(1) David-Grasman, aaO. S.374; Zweigert-Kötz, aaO. S.322

(2) Esser, Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953, 523 FN 24; vgl. Cross, aaO. S.154

(3) Abschnitt I, S.47

(4) Esser, Grundsatz und Norm, S.151; vgl. Giesen, Englisches Familienrecht, aaO. S.434

(5) Abschnitt I 1, S.50 f.

(6) Auf die Rechtsschöpfungsfunktion des kontinentalen Richters "im Zeichen alternder Kodifikationen" braucht hier nicht eingegangen zu werden.

(7) Zu Bedeutung und Ansehen der englischen Richter siehe: Kiralfy, aaO. S.158, Vgl. auch Max Weber, Rechtssoziologie, S. 341

Die stolze Stellung der höheren Richter in England gegenüber den lediglich strikt auf gesetzlicher Grundlage tätigen County Court-Richtern, die gerade auch auf das Gebiet des Scheidungsrechts zutrifft, wird von Lord Denning MR. hervorgehoben: "The only jurisdiction which is vested in the County Court judges ... is the statutory jurisdiction in divorce. There is not vested in them the parental jurisdiction of a judge of the High Court that is derived from the Crown as *parens patriae* and not from any statute"⁽¹⁾.

II. Der Divorce Reform Act 1969 als "Reformgesetz"

In Anbetracht der Stellung der Rechtsprechung und ihrer Bedeutung für das materielle Scheidungsrecht stellt sich die Frage nach dem Einfluß eines vom Parlament als "Reformgesetz" bezeichneten Gesetzgebungsaktes auf die Rechtsprechungspraxis. Diese Frage stellt sich dabei sowohl theoretisch nach der Einflußmöglichkeit, als auch rein tatsächlich nach der Gestalt, die das Reformgesetz als solches im Case Law besitzt bzw. gefunden hat. Über den Grundsatz, daß auch im englischen Recht Rechtsreform Aufgabe des Gesetzgebers ist, kann dabei kein Zweifel bestehen: "The job of reform, if it is to be done, can only be done by legislation: the judges, however great their ingenuity and zeal for reform cannot by judicial decision alone make the changes of legal policy that are needed"⁽²⁾.

1. Möglichkeit der Einflußnahme auf die Rechtspraxis

Bisher ist untersucht worden, was das Scheidungsreformgesetz nicht ist. Daraus konnten Folgerungen auf die 'gesetzes-' und 'systembedingte' Bedeutung der interpretierenden Rechtsprechung gezogen werden. Als Gesetz ist

(1) B. (B.R.) v. B. (J.) (1968)P 466, CA

(2) Law Commission, No. 42, General Introduction, S. 1

es aber Verkörperung des "Herrscherwillens"⁽¹⁾ des Souveräns, der "Queen in Parliament"⁽²⁾. Der in England in diesem Bereich strikt eingehaltene Grundsatz der Gewaltenteilung⁽³⁾ bindet den Richter mehr als auf dem Kontinent an den Wortlaut des Gesetzes. "The letter of the law is the law itself"⁽⁴⁾. Soweit der 'intent of legislature' im Scheidungsreformgesetz selbst manifest geworden ist, wird er die Rechtsprechung dank der Doktrin der Literalinterpretation - ita scriptum est -⁽⁵⁾ klar determinieren.

Die Feststellung des Willens des Gesetzgebers ist zwar wiederum Aufgabe des Richters⁽⁶⁾, doch ist dieser durch den Grundsatz der absoluten Souveränität des Parlaments und daraus abgeleiteter enger Interpretationsregeln gleichsam an den Wortlaut "gefesselt"⁽⁷⁾. Das eigentümliche Verhältnis des englischen Richters zur Gesetzesinterpretation, das historisch in der politischen Sonderstellung des Statute Law, psychologisch aber wohl noch tiefer wurzelt⁽⁸⁾, läßt Esser vom "Kampf des Richters mit dem Gesetzgeber" sprechen⁽⁹⁾. Die herkömmliche Auffassung auf dem Kontinent von der "strict or technical interpretation of statutes" bedarf allerdings der Korrektur: auch im Common Law interpretiert man Gesetzesnormen längst nach ihrem Wesen und Zweck⁽¹⁰⁾. "Literal" und "liberal",

(1) Esser, aaO. S. 129 FN 45

(2) Salmond on Jurisprudence, S. 33; Rheinstein, Marriage Stability, S. 317

(3) Henrich, aaO. S. 36

(4) Zitat bei Esser, aaO. S. 132, 133

(5) vgl. Cross, aaO. S. 179; Blumenwitz, aaO. S. 46; Maxwell on the Interpretation of Statutes, S. 3; Walker & Walker, The English Legal System, S. 104

(6) Walker & Walker, aaO. S. 193

(7) Für Einzelheiten der Auslegungsregeln siehe: Salmond, aaO. S. 133; Esser, aaO. S. 130 FN 147; Henrich, aaO. S. 35; Blumenwitz, aaO. S. 45; Zweigert-Kötz, aaO. S. 321, Cross, aaO. S. 170 ff.

(8) Esser, Buchbesprechung, RabelsZ 18 (1953), 756

(9) Grundsatz und Norm, S. 229

(10) Salmond, aaO. S. 129, 132, 137; vgl. Esser, aaO. S. 346; Friedmann, Law in a Changing Society, S. 56

"static" und "dynamic" theories of interpretation stehen einander gegenüber⁽¹⁾.

Um sicherzustellen, daß der "intent" Beachtung findet, tut der Gesetzgeber häufig das seine, indem er durch besondere Wortwahl, häufige Wiederholungen und andere augenfällige Kennzeichen den Auslegungsspielraum zu verringern sucht⁽²⁾. Eine weitere Begründung für diese englische Besonderheit gibt Esser, der sagt, daß dem mit der case-method so selbständigen Richter in dem fremden Element (der reformierenden statutes) jede technische Schwierigkeit legislativ aus dem Weg geräumt werden müsse⁽³⁾. Schon der Short title 'Divorce Reform Act' ist in diesem Sinne zu verstehen⁽⁴⁾. Bisher waren alle substantiellen Maßnahmen des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Scheidungsrechts unter der Bezeichnung Matrimonial Causes Act getroffen worden⁽⁵⁾. Daß nunmehr eine so deutliche Bezeichnung wie "Reform Act" gewählt wurde, soll schon äußerlich klarstellen, daß es sich nicht um eine der vielen kleineren und größeren Reformen der letzten 100 Jahre handelt, sondern um einen Bruch mit der Vergangenheit⁽⁶⁾.

Die Scheidungshindernisgründe der Kollusion und der eigenen Eheverfehlung des Klägers wurden nicht nur durch s.9(2), Sched.2 DRA 1969 gesetzestechisch einwandfrei aus dem Matrimonial Causes Act 1965 gestrichen. Diese Abschaffung wird vielmehr in s.9(3) noch in äußerst umständlicher Form dadurch bekräftigt, daß dem Gericht untersagt wird, irgend-

{1} Friedmann, aaO. S. 56, 58

{2} Zweigert-Kötz, aaO. S.323; Kiralfy, aaO. S. 170

{3} aaO. RabelsZ 18(1953), 751; ders. Grundsatz und Norm, S. 128 ff: "Pedantische Definitionskunst des Statute Law"

{4} s.11(1) DRA 1969

{5} siehe oben S. 52FN 1

{6} vgl. Hall, A New Basis for Divorce, (1970) CLJ 48

eine Rechtsnorm⁽¹⁾ überhaupt, also insbesondere keine Präjudizien, als Ermächtigung für die Anwendung der abgeschafften 'bars to divorce' heranzuziehen. Auch Art und Umfang der Vorschriften über die sechsmonatige Aussöhnungsfrist⁽²⁾ lassen die Absicht des Gesetzgebers erkennen, diese Regelungen so "judgeproof" wie möglich zu machen. Zum anderen gibt auch der Aufbau des Gesetzes Anlaß zu der Annahme, daß auch hier diese Absicht in gewissem Umfang als Motiv mitgewirkt hat. Dafür sprechen die besondere Heraushebung des Zerrüttungsgrundes als alleiniger Scheidungsgrund in einer eigenen Regelung in s.1 gegenüber den 'facts' in s.2(1), ohne die eine Zerrüttung andererseits aber nicht festgestellt werden kann⁽³⁾. Letztere wiederum sollen nicht nur die Feststellung des als nicht justiziabel angesehenen Scheidungsgrundes der endgültigen Zerrüttung durch ein System typisierter Zerrüttungssituationen durch die Rechtsprechung ermöglichen⁽⁴⁾, sondern zugleich der Gefahr vorbeugen, daß die Gerichte infolge der Unbestimmtheit der Zerrüttungsprüfung durch s. 1 für sich genommen einen zu weiten Ermessungsspielraum für die Einführung eigener Sitten- und Moralvorstellungen in Fragen erhielten, in denen selbst Richter beträchtlich von ihren Gefühlen beeinflusst werden⁽⁵⁾. Section 2(1) verhindert damit gleichzeitig das Entstehen einer 'Scheidungsgeographie' und sichert die Voraussehbarkeit des Verfahrensergebnisses, dient also der Rechtssicherheit.

- (1) Rechtsnormen im Sinne des englischen Rechts: "legal rule"
- (2) s.3(3)(4)(5) DRA 1969
- (3) siehe dazu S.65 ff; Im Matrimonial Causes Act 1973 hat der Gesetzgeber dagegen die Scheidungsgrundlagen wieder wie schon zuvor im Matrimonial Causes Act 1965 in einer Section (s.1) zusammengefaßt.
- (4) siehe dazu S. 71
- (5) Law Commission, Cmnd. 3123, para. 58, S.30; vgl. Littler, Divorce Reform Act - Principle and Logic, (1973) 123 NLJ 1097

Zusammenfassend läßt sich eine Zwischenbilanz der Reformbemühung des Gesetzgebers bei Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes mit einem Zitat von Scarman LJ. ziehen: Das englische Recht sei nun "in the mid-stream of a swiftly moving period of change (and) by and large Parliament has marked out the course for the reform of the substantive law". Es werde von "critical importance" sein, "how the courts now develop it"⁽¹⁾. Vielleicht mehr als jedes andere moderne Gesetz gibt das Scheidungsreformgesetz der Rechtsprechung Gelegenheit, hinter den Wortlaut des Gesetzes nach der Absicht des Gesetzgebers zu sehen⁽²⁾.

2. Der Reformcharakter des Gesetzes in der Rechtsprechung

Bei aller Deutlichkeit des Gesetzeswortlauts und aller Stringenz enger Auslegungsregeln in England ist jedoch ein 'Durchschlagen' der Reformintention des Gesetzgebers auf die Rechtsprechungspraxis der unteren Gerichte nur dann gewährleistet, wenn die Richter der oberen Gerichte dazu die Weichen stellen⁽³⁾. Wegen der strikten Präjudizienbindung, des hierarchischen Gerichtsaufbaus und nicht zuletzt des hohen Ansehens der oft außergewöhnlichen Richterpersönlichkeiten der Obergerichte gilt dieser Satz in England in verstärktem Maße⁽⁴⁾. Der Wandel in der Rechtsprechung, der seit dem Kriege und insbesondere in den 60er Jahren stattgefunden und die Bewegung für die Scheidungsrechtsreform wesentlich gefördert hat, ist eingangs bereits dargestellt worden⁽⁵⁾.

(1) Achievements and the Way Ahead, (1971) 12 NLJ 671

(2) Littler, aaO. S. 1096

(3) Die Abhängigkeit der Verwirklichung legislativer Grundsätze von der vorherrschenden Auffassung der Gerichte betonen Friedmann, aaO. S. 243; Eekelaar, aaO. S. 187

(4) vgl. Blumenwitz, aaO. S. 39

(5) siehe oben S. 20 ff. Daß die Entwicklung nicht ohne Schwierigkeiten und Rückschläge verlaufen ist, war aaO. gleichfalls vermerkt worden.

Mit der Scheidungsreformgesetzgebung war deshalb kein langwieriger Umdenkungsprozeß der Richterschaft in Gang zu setzen, wie das noch bei der Einführung der modernen Sozialgesetzgebung der Fall war⁽¹⁾. Kennzeichnend für die Aufnahme, die das Gesetz in der hohen Richterschaft erwarten konnte, ist eine Äußerung von Goodhart über Lord Denning MR., als "Master of the Rolls" (de facto) ranghöchster Richter des Court of Appeal in Civil Cases⁽²⁾: "Lord Denning hat durch einige seiner Urteile, in denen er das seinerzeit bestehende Recht kritisierte, mehr als irgendjemand sonst das Scheidungsreformgesetz und den Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 inspiriert"⁽³⁾. Ein solcher Satz ist aber nur Indiz. Er kann selbstverständlich nicht für die Richterschaft insgesamt generalisiert werden, auf die wohl noch immer eher Radbruchs Kennzeichnung der Juristen zutrifft, die überall konservativ seien, in gesteigertem Maße in England⁽⁴⁾.

- (1) vgl. Zweigert-Kötz, aaO. S.322; Friedmann, Legal Theory, S.72, 80
- (2) Nominell höherrangige Mitglieder des CA sind der Lord Chancellor und der Lord Chief Justice. Vgl. dazu Zweigert-Kötz, aaO. S.261; Walker & Walker, aaO. S.158
- (3) Wilful Neglect by Psychotic Husband, (1973) 89 LQR 320; Lord Denning war auch einer der maßgeblichen Befürworter des Reformgesetzes im House of Lords, vgl. Burton and Drewry, Public Legislation: A Survey of the Session 1968/69, Parliamentary Affairs 23 (1970), 170
- (4) Radbruch, aaO. S.11; vgl. Dicey, aaO. S.363, 364; "Judges are of the most part persons of a conservative disposition". Kritisch zu "the lawyers' traditional approach" auch Mostyn, The Present Divorce System, The Judicial Approach, (1970) 120 NLJ 451; Pollard, aaO. S. 116: "chronic conservatism"; vgl. auch Porter v. Porter (1969) 1 WLR 1155, wo der Court of Appeal feststellt, die Ansichten des Richters der ersten Instanz seien "decades if not generations out of date". Karminski, selbst Richter, nimmt eine differenzierte Haltung ein. Er glaubt, "judges are not wholly unconscious of altered conditions", und gibt zu bedenken, die Richterschaft könne vielleicht nie so konservativ gewesen sein, wie Dicey schrieb oder sei es jedenfalls heute weniger: Family Law, S.291; Ekelaar, aaO. S.44, 56: "reluctant adaptation of the law to changing social attitudes"; vgl. auch Friedmann, aaO. S.519

Solche Urteile können jedoch nur rechtssoziologisch zu verwertende Hinweise geben. Die tatsächliche Entwicklung der Rechtsprechung wird durch die geistige Grundhaltung und die soziale Stellung des Richters wohl beeinflusst, nicht aber determiniert⁽¹⁾.

Die Frage, welche Gestalt das Reformgesetz als solches und damit das ihm zugrundeliegende Rechtsprinzip im Case Law gefunden haben, ist zunächst theoretischer Natur und läßt sich im englischen Recht im Antagonismus zweier Begriffe zum Ausdruck bringen: Handelt es sich beim Gesetz von 1969 um einen 'codifying' oder um einen 'reforming' act?⁽²⁾ In der Beantwortung dieser Frage durch die Rechtsprechung entscheidet sich sozusagen bereits das 'Schicksal' des Gesetzes, denn damit wird implizit auch der 'intent of legislature'⁽³⁾ definiert. Die Bezeichnung "Reform Act" gibt einen Hinweis, kann die Bewertungsfrage aber nicht entscheiden.

Als 'Codification Act' könnte das Gesetz von 1969 zwar das Scheidungsrecht durchgreifend neu regeln, würde sich gleichwohl aber weitgehend auf die Zusammenfassung bestehender Gesetze und des bisherigen Case Law ohne größere materiell-rechtliche Eingriffe beschränken⁽⁴⁾. Zur Auslegung könnte dabei dann ohne weiteres auf Gerichtsentscheidungen zurückgegriffen werden, die bereits vor Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes ergangen sind⁽⁵⁾. Im englischen Recht gilt zudem die Vermutung, daß der Gesetzgeber dort, wo er einen Begriff benutzt, der auch eine gerichtlich interpretierte Bedeutung hat, den Rechtsschein

- (1) Die Richtigkeit dieser Prämisse muß unterstellt werden. Der Versuch einer Einbeziehung der soziologischen Dimension der Entscheidungsdeterminanten müßte den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, deren Schwerpunkt die rechtliche Ausgestaltung und Wirksamkeit des Zerrüttungsprinzips ist.
- (2) Lord Denning in *Wachtel v. Wachtel* (1973) Fam. 86; (1973) 1 AllER 829; (1973) 2 WLR 366; vgl. Cross, aaO. S.174, 175, 178
- (3) vgl. S. 56
- (4) Zweigert-Kötz, aaO. S.250; Walker & Walker, aaO. S.94; Henrich, aaO. S.35. Davon sind Consolidation Acts zu unterscheiden, die lediglich statute law zusammenfassen: vgl. S.49 FN 3
- (5) Zweigert-Kötz, aaO.

setzt, daß er diesen Auslegungsbereich anerkennt und beibehalten will⁽¹⁾.

Bei einem 'Reforming Act' ist ein solcher Rückgriff zwar grundsätzlich auch möglich, jedoch nur unter dem Vorbehalt des manifesten Willens des Gesetzgebers, und dieser muß auf 'Reform' gerichtet sein. Für das Scheidungsreformgesetz bedeutet das, daß es nicht nur ein "Act to amend the grounds for divorce.." ⁽²⁾ sein darf, kein Gesetz, das lediglich das bestehende Recht durch die Einführung einer Anzahl notwendiger Änderungen verbessert ⁽³⁾, sondern vielmehr das Recht der Ehescheidungsgründe auf eine prinzipiell neue Grundlage stellen muß.

Die Antwort, die die Rechtsprechung⁽⁴⁾ auf diese 'Schicksalsfrage' der Scheidungsrechtsreform gab, war zunächst unklar und widersprüchlich⁽⁵⁾.

In *Mouncer v. Mouncer*⁽⁶⁾, einer Entscheidung, die zur Ehezerüttung nach zweijährigem Getrenntleben erging, erklärte Wrangham J. "the test to be applied to determine whether parties are living apart or not is unaltered by s.2(5) or s.3(6), which are really declaratory of the existing law on this question" und gab dadurch Anlaß zu der Vermutung, daß das frühere Recht immer noch unverändert Anwendung

- (1) Freeman, aaO. S. 188 mit Nachweisen aus dem Case Law; vgl. die neuere Entscheidung *Santos v. Santos* (1972) Fam. 247; (1972) 2 ALLER 246; (1972) 2 WLR 889 CA; Cross, aaO. S. 193; Walker & Walker, aaO. S. 111: "presumption against alteration of the law"
- (2) Long title des Gesetzes, siehe S.33 FN 1
- (3) Goodhart, aaO.
- (4) Zuständig für alle streitigen Ehescheidungen in England und Wales sind in 1. Instanz die Family Division des High Court, in 2. Instanz der Court of Appeal, Civil Division: Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925, ss.26, 27, 31; Matrimonial Causes Act 1967, ss.1,2; Administration of Justice Act 1970
- (5) Lord Denning in *Wachtel v. Wachtel* (1973) Fam. 86; (1973) 1 ALLER 829; (1973) 2 WLR 366
- (6) (1972) 1 ALLER 291, (1972) 1 WLR 321

findet⁽¹⁾. In *Ackermann v. Ackermann*⁽²⁾, einem Fall, in dem es um die Mitverantwortung der Ehefrau am Zusammenbruch der Ehe ging, vertrat Lordrichter Phillimore die Ansicht, daß der Gesetzgeber "offensichtlich" nur die Kodifikation des bestehenden Rechts und der Praxis des Scheidungsgerichts beabsichtigt habe, eine Ansicht, die später gleichfalls von Lord Denning zurückgewiesen wurde⁽³⁾.

Im Gegensatz dazu stellte Ormrod J. einen Wandel in der konzeptionellen Basis der Ehescheidung fest, aber auch, daß ungeachtet dessen altes Recht in das neue eingeführt worden und deshalb bei s.2(1)(b) DRA 1969 auf das Verhalten ein 'test' anzuwenden sei, der dem des früheren Rechts äußerst ähnlich, aber damit nicht notwendigerweise identisch sein müsse⁽⁴⁾. Derselbe Richter bezog später deutlicher Stellung in einer Ehebruchsentscheidung, in der er sagte, daß es die Pflicht des Gerichts sei, der neuen Einstellung gegenüber den Problemen der Familie, die im Gesetz von 1969 explizit und im Gesetz von 1970 (MPPA) implizit enthalten sei, Wirkung zu verleihen⁽⁵⁾.

Mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes tat der Court of Appeal dann in zwei kurz aufeinanderfolgenden Urteilen zum Scheidungsfolgenrecht den klärenden Spruch, der den endgültigen Bruch mit der Vergangenheit bedeutet⁽⁶⁾: Die beiden Gesetze von 1969 und 1970 seien "not in any sense" bloße Kodifikationen des alten Rechts, sondern Reformgesetze, die das Recht auf den Gebieten, die sie betreffen, "revolutioniert" hätten. Es sei daher falsch, auf Entscheidungen zurückzugreifen, die vor Erlass der Gesetze ergangen sind. Diese seien "out of date" und nur relevant,

(1) Lord Denning in *Fuller v. Fuller* (1973) 2 AllER 652; (1973) 1 WLR 730; (1973) 117 Sol. J. 224

(2) (1972) Fam. 232; (1972) 2 All ER 424

(3) *Wachtel v. Wachtel*, aaO.

(4) *Pheasant v. Pheasant*, aaO.

(5) *Wachtel v. Wachtel* (1973) 1 AllER 117; (1973) Fam.75 FD

(6) vgl. *Cretney*, *Financial Provision after Wachtel v. Wachtel*, (1973) 36 MLR 653; siehe neuerdings *Livingstone-Stallard v. Livingstone-Stallard* (1974) 3 WLR 307, per Dunn J.

soweit sie im neuen Recht ihren Niederschlag finden⁽¹⁾. Bei der Anwendung der Gesetze müsse man immer vor Augen haben, daß sie eine Reform des Rechts vergegenwärtigen⁽²⁾.

Wenn diese Feststellungen auch zum einen Teil als 'dicta' zu Einzelbestimmungen insbesondere des Gesetzes von 1970 getroffen worden sind, zum anderen Teil streng fallrechtlich gesehen wohl als 'obiter dicta'⁽³⁾ zu gelten haben, so kann doch kein Zweifel darüber bestehen, daß angesichts der Eindeutigkeit der Aussagen, des außerordentlichen Ansehens der Richter und ihrer hierarchischen Stellung im Gerichtsaufbau sowie der Tatsache, daß die Berufung⁽⁴⁾ zum House of Lords nicht zugelassen wurde, die Grundsatzfrage nach der judikativen Bewertung der Scheidungsreform als solcher entschieden ist.

Der Court of Appeal hält sich grundsätzlich durch seine eigenen Entscheidungen gebunden⁽⁵⁾ und hat auch bereits in weiteren Entscheidungen die Grundsätze von Wachtel u. Wachtel und Trippas v. Trippas bestätigt⁽⁶⁾, wobei in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung ausdrücklich nur von 'general principles' gesprochen wurde⁽⁷⁾.

- (1) Wachtel v. Wachtel, aaO. siehe S. 61FN 2 ; Trippas v. Trippas (1973) Fam. 140; (1973) 2 ALLER 4; (1973) 2 WLR 589 per Lord Denning MR.; (1973) Fam. 144; (1973) 2 ALLER 7, (1973) 2 WLR 593 per Scarman LJ.
- (2) Trippas v. Trippas, aaO. per Scarman LJ.
- (3) Zur Definition dieser Begriffe und Problematik ihrer Unterscheidung siehe: Cross, aaO. S.85; vgl. Blumenwitz, aaO. S. 32, 33; Allen, Law in the Making, S. 260 ff; Esser, aaO. S.195
- (4) Zum Verfahren siehe Zweigert-Kötz, aaO. S. 261
- (5) Gallie v. Lee (1969) 2 Ch 17; Cross, aaO. S. 109, 133 ff; Henrich, aaO. S. 30, 31; Bindungswirkung entfaltet strenggenommen nur die 'ratio decidendi', der notwendige Kern der Entscheidungsgründe: Cross, aaO. S. 33; Blumenwitz, aaO. S. 24, 31; sehr aufschlußreich auch in diesem Zusammenhang die jüngste Entscheidung zum Ehebruchstatbestand: Carr v. Carr (1974) 1 ALLER 1193 CA, siehe S. 119 ff.
- (6) z. B. Hunter v. Hunter (1973) 3 ALLER 362 CA; Mesher v. Mesher (1973) Times, 13.2. CA; Harnett v. Harnett (1974) 1 WLR 219 CA per curiam (mit teilweise anders besetztem Richterkollegium); Chamberlain v. Chamberlain (1974) 1 ALLER 33 CA; Rogers v. Rogers (1974) 1 WLR 709 CA
- (7) Walton J. in Cuzner (formerly Underdown) v. Underdown (1974) 2 ALLER 351 CA

Vierter Teil: DER TATBESTAND DER ENDGÜLTIGEN ZERRÜTTUNG

A) Formelles Zerrüttungsprinzip

Der Reformcharakter des Divorce Reform Act 1969 hat in s.1 des Gesetzes seinen sichtbarsten Ausdruck gefunden: "sole ground" für eine Scheidung ist die endgültige Zerrüttung der Ehe. 'Irretrievable breakdown' ist als alleiniger und umfassender Grund an die Stelle von 'matrimonial offence' getreten, wie es im Ausspracheergebnis zwischen der Law Commission und der Studiengruppe des Erzbischofs vorgeschlagen worden war⁽¹⁾.

Diesem Vorschlag folgend wurden jedoch in s.2(1) auch fünf "guide-posts" eingeführt, die der Feststellung der endgültigen Ehezerrüttung dienen, und diese enthalten "Elemente" der früheren Eheverfehlungen⁽²⁾. "Here then is the ambiguity of approach, a compromise of principle and detail which can do nothing but undermine legislative intention"⁽³⁾.

Der prinzipielle als auch der praktische Wert des Zerrüttungsgrundsatzes in s.1 erscheint damit unklar. So wurde auch u. a. von Lord Simon of Glaisdale, damals noch als Sir Jocelyn Simon Präsident der Probate, Divorce and Admiralty Division des High Court, die Meinung vertreten und von Rayden später übernommen, s.1 sei ohne "real legal significance". Erstens, weil s.2(1) das Gericht darauf beschränke, nur dann auf endgültige Zerrüttung zu erkennen, wenn eine oder mehrere der dort aufgeführten "Situationen"⁽⁴⁾ vorliegen, "which are really the old matrimonial offences (in some aspects rephrased)

(1) Law Commission, No. 15, App. III, S.30; vgl. Bromley, aaO. S. 206; vgl. S. 30 f.

(2) Law Commission, aaO. S. 31

(3) Littler, aaO.

(4) Law Commission, aaO. S. 30

or consent to divorce or five years separation without consent". Und zweitens: 'breakdown' sei "not really a matter that a court can 'try'"⁽¹⁾, d. h. der Scheidungsgrund der endgültigen Zerrüttung sei nicht justiziabel.

I. Die Zerrüttung der Ehe als Tatbestandserfordernis

Ist s.1 ein selbständiger Scheidungsgrund oder, wenn nicht, ist 'irretrievable breakdown' die ausschlaggebende positive Tatbestandsvoraussetzung des Scheidungsgrundes oder der Scheidungsgründe?⁽²⁾

1. Zerrüttungs-Generalklausel

Das Urteil Lord Simons ist zunächst insoweit zutreffend, als damit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß auf s.1 a l l e i n keine Scheidungsklage gestützt werden kann. Nicht, wie man von dieser Section zu vermuten versucht sein könnte, die objektive Ehezerüttung per se ist Rechtsgrund für eine Scheidung⁽³⁾, sondern die Erfüllung bestimmter, in s.2(1) abschließend aufgestellter, Tatbestandsmerkmale⁽⁴⁾, die dann freilich nach Meinung des Gesetzgebers die endgültige Zerrüttung vermuten lassen. Section 1 ist somit keine Zerrüttungs-Generalklausel, der eine Reihe spezifizierter Beispielstatbestände zur Seite gestellt sind, sondern kann allenfalls ein generelles Tatbestandsmerkmal sein, das jeweils in Verbindung mit einem "fact" der s.2(1) den tatsächlichen

(1) Lord Simon, Riddell Lecture v. 19.2.1970, abgedruckt als Appendix VII zu Rayden, S. 3232, 3233; Rayden, S. 173; Ebenso Lasok, aaO. S. 453, der s.1 als Augen-auswischerei bezeichnet und feststellt: "cl. 1 will become superfluous and the Courts will dispense justice as hitherto."

(2) vgl. Neuhaus, aaO. RabelsZ 32(1968), 42

(3) Waters, Divorce Reform Act 1969, (1970) 114 Sol.J. 726; Tolstoy, aaO. S.51; Lasok, aaO. S. 453, Bromley, aaO. S. 209

(4) Pheasant v. Pheasant, aaO.

Scheidungsgrund ergibt. In diesem Falle wäre andererseits lediglich aufgrund von s.2(1) des Gesetzes materiellrechtlich auch keine Scheidung möglich. Rein formell gesehen kann das Urteil ohnehin nur aufgrund von s.1 ergehen, da diese Vorschrift den alleinigen Scheidungsgrund enthält.

Das Scheidungsreformgesetz enthält folglich de facto mehrere Scheidungsgründe, deren Gemeinsamkeit ist, daß das Gesetz an jeden von ihnen eine Zerrüttungsvermutung knüpft, die zum Scheidungsausspruch berechtigt⁽¹⁾. Diese Zweigliedrigkeit der einzelnen Scheidungsgründe wirft die Frage nach der Bedeutung der einzelnen Glieder in ihrem Verhältnis zueinander auf. Was haben nach dem Gesetz z. B. Ehebruch⁽²⁾ oder fünfjähriges Getrenntleben⁽³⁾ und endgültige Zerrüttung der Ehe miteinander zu tun? Besteht ein Zusammenhang und welcher Natur ist er?

2. Ursachen der Zerrüttung - Kausalität -

Verschiedentlich ist ein kausales Verhältnis in Erwägung gezogen oder behauptet worden⁽⁴⁾. Diese Annahme findet jedoch keine Stütze im Wortlaut des Gesetzes und steht im Gegensatz zu dem in s.2(3) DRA 1969 erklärten Willen des Gesetzgebers, den Beweis eines "fact" in Subsection (1) als ausreichend für den Scheidungsausspruch anzusehen. Vor allem aber würde das Erfordernis der Ursächlichkeit eines "fact"

(1) Law Commission, aaO. S. 31

(2) s.2(1)(a) DRA 1969

(3) s.2(1)(e)

(4) Levin, aaO. (1970) 33 MLR 634; Lasok, aaO. (1968) 112 Sol.J. 453; letzteres: Marton, aaO. ZRP 1970, 140; Seidl, aaO. S. 25, 28, 31, 32; Farnborough, Das neue englische Ehescheidungsrecht, NJW 1971, 311

für die endgültige Zerrüttung nicht mit der Realität übereinstimmen⁽¹⁾. Unter Bezugnahme auf das von Müller-Freienfels entwickelte Regelungsmodell eines Scheidungsrechts, das Zerrüttungsprinzip und Verschuldensprinzip unter Vorrang des ersteren in sich vereint⁽²⁾, hatte Lipstein bereits 1966 darauf hingewiesen, daß im Zerrüttungssystem der normale Katalog von Eheverfehlungen nur mit Hinweisen auf die Zerrüttung, nicht aber mit bereits erwiesenen Ursachen derselben dienen kann⁽³⁾. In der Tat gilt es als anerkannt, daß Eheverfehlungen und Getrenntleben im allgemeinen nur Symptom und nicht Ursache der Zerrüttung sind⁽⁴⁾. Es wird sogar als höchst unwahrscheinlich angesehen, daß es irgendeinen Zusammenhang zwischen Ehezerrüttung und Scheidungsgründen im rechtlichen Sinne gibt⁽⁵⁾. Diese Meinung ist auf die Erkenntnis zurückzuführen, daß die Frage nach den Ursachen der Zerrüttung wegen der komplexen und personalen Natur der Ehebeziehung keine allgemeingültige Antwort zuläßt. Die Forschung auf dem Gebiet der Kausalfaktoren steht ohnehin erst am Anfang⁽⁶⁾. Die Auswertung soziologischer

(1) vgl. oben S. 15, 16

(2) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S.140

(3) Lipstein, Research in Family Law, The Breakdown of Marriage; Prevention and Relief, Journal of the Society of Public Teachers of Law, 1966/67 vol. IX, S. 221

(4) Passingham, aaO. para. 8, S.5; Levin, aaO; Deech, A Tide in the Affairs of Women, (1972) 122 NLJ 743; Putting Asunder, para. 40, S.29; Morton Commission, para. 70 (VII), S. 23; Kahn-Freund, aaO. (1956) 19 MLR. 582; Dominian, aaO. S.153; Law Commission, Cmnd. 3123, para. 25, S. 14; Porter v. Porter (1969) 3 ALLER 644, Sachs LJ.; vgl. S.244 ff.

(5) Eckelaar, aaO. S.231, vgl. Wolf, Einleitung zu: Wolf/Lüke, aaO. S.15, 13. Die Kausalität sei "unreal": Law Commission, aaO. para. 25, S. 14

(6) Dominian, aaO. S. 19; vgl. die Untersuchung von Chester and Streater, Taking stock of Divorce, (1971) 18 New Society, 154

Untersuchungen ergibt keinen Beweis für Zerrüttungsursachen, da Soziologen und Psychiater nur Informationen über Arten von Faktoren vorlegen können, die üblicherweise mit Trennung und Scheidung 'assoziiert' werden⁽¹⁾. Das Gesetz hat, indem es kein kausales Verhältnis der 'facts' zu s.1 voraussetzt, diese Erkenntnisse anerkannt⁽²⁾. Die Rechtsprechung hat die "Kausalitätstheorie" ihrerseits abgelehnt⁽³⁾.

3. Die gesetzliche Vermutung der Zerrüttung

Das "mehr soziologische"⁽⁴⁾ Scheidungsreformgesetz geht außerdem noch einen Schritt weiter: nicht nur bedarf es keines Nachweises der Ursächlichkeit, vielmehr ist auch die endgültige Zerrüttung selbst nicht beweisbedürftig. - Die Frage nach der Kausalität wird damit außerdem noch mit einem Argument der Logik beantwortet, denn ohne nachgewiesene Wirkung ist auch die Feststellung der Ursächlichkeit für dieselbe unmöglich. - Die herrschende Meinung im Schrifttum geht davon aus, daß das Gericht in der Praxis auf dem Nachweis eines oder mehrerer der sogenannten 'facts' hin die endgültige Zerrüttung zu vermuten hat, es sei denn, der Beklagte erbringt den Beweis des Gegenteils⁽⁵⁾.

- (1) Eekelaar, aaO. S.35, 36; vgl. S. 245 insbesondere die dortigen Nachweise von Eheuntersuchungen anderer Disziplinen
- (2) "The Act recognises that marital breakdown is not caused by acts of conjugal unkindness": Freeman, aaO. S. 208;
siehe auch: Levin, aaO. S.634
- (3) Wrangham J. in Anderson v. Anderson (1973) 117 Sol. J. 33
- (4) Freeman, Wilful Refusal to Consummate a Marriage; Divorce or Nullity?, (1971) 1 Fam. Law 165
- (5) Tolstoy, S. 104; Rayden, S. 174; Barton, aaO. (1970) 86 IQR 348

Vom Kläger wird daher kein Nachweis der endgültigen Zerrüttung verlangt. Weniger eindeutig, aber im Ergebnis gleich, formuliert das Bromley: "proof of any of these facts raises a presumption of breakdown; the court must enquire into all the facts but in practical terms the burden on the petitioner is solely to prove one of the facts whilst that on the respondent is to show that the marriage has not broken down irretrievably"⁽¹⁾. Die Vertreter der Gegenmeinung scheinen sich demgegenüber eher auf das Zerrüttungsprinzip als solches zu berufen, denn auf den Wortlaut des Gesetzes. Vom Prinzip her gesehen ist eine Scheidung nur möglich, wenn die endgültige Zerrüttung der Ehe feststeht, und dazu bedarf es wegen der Problematik der Feststellung der gründlichen Untersuchung durch das Gericht⁽²⁾. Folgerichtig verlangen einige Autoren daher vom Kläger über den Nachweis eines 'fact' hinaus den zusätzlichen Beweis, daß die Ehe tatsächlich endgültig zerrüttet ist⁽³⁾ oder jedenfalls eine entsprechende zusätzliche Prüfung und Feststellung durch das Gericht⁽⁴⁾. Diese Auffassung sieht in den 'facts' relative Scheidungsgründe, eingeschränkt durch das Erfordernis, daß zugleich mit ihrem Vorliegen die Ehe tatsächlich und endgültig zerrüttet sein muß⁽⁵⁾. Bei der strengen Bindung der englischen Richter an den Wortlaut des Gesetzes⁽⁶⁾ konnte diese Auslegung von s.1 in Verbindung mit s.2(3) des Scheidungsreformgesetzes bei den Gerichten wenig Erfolgsaussichten

(1) Bromley, aaO. S. 209

(2) siehe oben S.28 ; Putting Asunder, paras. 84 ff, S. 67 ff.

(3) Lasok, aaO. Levin, aaO. S. 634; vgl. Freeman, The Search for a Rational Divorce Law, S. 185

(4) So wohl Passingham, aaO. para. 101, S. 39; Puxon, aaO. S. 132

(5) vgl. Kahn-Freund, The Law Commission, Reform on the Grounds of Divorce. The Field of Choice, (1967) 30 MLR 182

(6) siehe oben S.56

haben. Diese haben denn auch festgestellt, daß die einzigen Umstände, unter denen das Gericht nach s.2(3) des Gesetzes von 1969 zu entscheiden hat, ob die Ehe endgültig zerrüttet ist, jene sind, wenn ein Ehegatte die Zerrüttung behauptet und der andere sie leugnet⁽¹⁾. "The question of irretrievable breakdown has not therefore been left at large for the court to determine"⁽²⁾: wenn einmal der Beweis für einen der 'facts' in s.2(1)(a)-(e) erbracht ist, besteht dadurch zugleich die Vermutung - "in practice a strong presumption"⁽³⁾, "a very strong inference"⁽⁴⁾ -, daß eine Zerrüttung vorliegt, die endgültig ist. Ein zusätzlicher Nachweis der Zerrüttung als solcher ist dann nicht mehr notwendig⁽⁵⁾. Daraus folgt, daß das Gericht die Scheidung aussprechen kann, ohne daß die Ehe in Wirklichkeit endgültig zerrüttet ist⁽⁶⁾.

Diese Gerichtsentscheidungen stellen klar, daß die inquisitionsfeindliche Auslegung⁽⁷⁾ der führenden Vertreter des Schrifttums⁽⁸⁾ tatsächlich 'the law of the land', und der in s.1 DRA 1969 ausgesprochene Zerrüttungsgrundsatz nichts weiter als ein zusätzliches Glied der Tatbestände der Section 2(1) ist, ein negatives Tatbestandsmerkmal, das bei Fehlen der Zerrüttung eine Scheidung ausschließt⁽⁹⁾. Mit anderen

- (1) Bagnall J. in *Ash v. Ash* (1972) Fam. 135; (1972) 1 AllER 584; (1972) 2 WLR 347
- (2) Ormrod J. in *Pheasant v. Pheasant*, aaO.
- (3) Sachs LJ. in *Santos v. Santos* (1972) Fam. 247; (1972) 2 AllER 246; (1972) 2 WLR 889
- (4) *Pheasant v. Pheasant*, aaO.
- (5) vgl. Oerton, *Reforming the Divorce Law - A Rejoinder I*, (1968) 112 Sol.J. 551
- (6) Rayden, S. 174
- (7) vgl. Giesen, Buchbesprechung, FamRZ 1972, 53
- (8) Rayden, aaO.; Bromley, aaO.; Tolstoy, aaO.
- (9) Neuhaus, aaO. S. 59, zum Kompromißvorschlag der Law Commission und der erzbischöflichen Studiengruppe

Worten: "prove the grounds and the issue of 'breakdown' which appears superficially to be the main one, becomes in practice academic"⁽¹⁾.

Trotzdem steht es dem Beklagten nach s.2(3) natürlich frei, zu beweisen, daß das nicht der Fall ist. Die objektive Zerrüttung der Ehe wird daher vom Gericht nicht von Amts wegen, sondern nur in den wenigen Fällen untersucht und nicht lediglich aufgrund der gesetzlichen Vermutung angenommen, in denen der Beklagte die Nichtzerrüttung unter Beweis stellt⁽²⁾.

(1) James, aaO. S. 454

(2) An dieser Stelle ist eine Bezugnahme auf die Scheidungswirklichkeit angezeigt:
Die Law Commission gab 1966 die Zahl der streitigen Scheidungen mit ca. 7 % an (Cmnd. 3123, para. 20, S.12). Diese sogenannten 'defended divorces' schließen zum kleineren Teil die Fälle ein, in denen die Tatsache der endgültigen Zerrüttung selbst streitig ist, betreffen darüber hinaus aber vor allem die Fälle, in denen das Vorliegen eines "facts" bestritten oder vom Beklagten als Widerkläger seinerseits die Scheidung begehrt wird. Diese sogenannten 'cross-petitions' sind nach wie vor zulässig (Huxford v. Huxford (1972) 1 WLR 210). Weiterhin zählen die Fälle der ss.4 und 5 DRA 1969 dazu. Lord Reid erklärte bereits in der Debatte des House of Lords vom 13.10.1969 (vol. 304 col. 1274), daß s.1 des Gesetzes in 95 % der Scheidungsprozesse ohne Bedeutung sei. Er ging dabei von einem 5 %igen Anteil der streitigen Scheidungen aus. Morris (The End of Marriage, S. 153) hielt diese Zahl für überhöht, während hingegen Mortlock (The Inside of Divorce, S. 32) noch Ende 1971 die Zahl der unstreitigen Scheidungen gleichfalls auf 95 % schätzte. Die weitere Entwicklung der Scheidungspraxis hat Bromley rechtgegeben, der eine weitere Zunahme der Zahl der unstreitigen Scheidungen vorausgesagt hatte (aaO. S. 217). Nach einem Jahr der Geltung des Scheidungsreformgesetzes stellte der Präsident der Family Division fest: "It is becoming rare for a divorce cause as such to be fought in court" (The View from the Family Division, (1972) 69 Gaz. 5, am 19.1.1972). Lord Denning MR. erklärte ein Jahr später in Wachtel v. Wachtel (aaO., am 7.2.1972), daß fast alle Scheidungen unstreitig ausgesprochen werden. Die Scheidungszahlen für 1972 zeigen denn auch, daß von 11.795 Scheidungen nur 2.970 streitig waren, das sind weniger als 2,7 % (Statistics on Judicial Administration 1973, S. 18, 19).
Zum Vergleich die Situation in der Bundesrepublik: Unter Bezugnahme auf die Zahlen der Ehrechtskommission spricht Breithaupt von 80-90 % nichtstreitiger, sogenannter Konventionalscheidungen (Konventionalscheidungen nach künftigem Recht, ZRP 1973, 289).

Wiewohl das Gesetz darüber nichts aussagt, liegt die Beweislast für das Nichtvorliegen der endgültigen Zerrüttung beim Beklagten⁽¹⁾. Bloßes Behaupten der Nichtzerrüttung wird das Gericht ebensowenig zu einer Untersuchung des Zustands der Ehe bringen wie die bloße Zerrüttungsbehauptung des Klägers⁽²⁾. Stimmen beide Parteien darin überein, daß die Ehe nicht mehr zu retten ist, braucht die Zerrüttung erst recht nicht mehr geprüft zu werden und es steht im Ermessen des Gerichts, aus den vorgetragenen 'facts' den Tatbestand auszusuchen, auf den es seine Entscheidung stützen will⁽³⁾.

4. Die Untersuchungspflicht des Gerichts

Diese äußerste Selbstbeschränkung der Gerichte in der Anwendung der Inquisitionsmaxime im Hinblick auf s.1 beruht nur zum Teil auf dem Wortlaut des Gesetzes: s.2(2) legt dem Gericht eine Untersuchungspflicht auf hinsichtlich der 'facts', die der Kläger bzw. 'any facts', die der Beklagte vorbringt - soweit die Untersuchung vernünftigerweise möglich ist - ⁽⁴⁾. Nur letztere müssen notwendigerweise andere 'facts' sein, als die in s.2(1) genannten, da andernfalls nur die Schlüssigkeit der Zerrüttungsklage erwiesen wäre.

Andererseits erwartet s.2(3) vom Gericht, daß die Entscheidung über den Scheidungsausspruch nicht nur auf den Nachweis eines 'fact' der s.2(1), sondern auf 'all the evidence' - also den tatsächlichen Zustand der Ehe - gestützt wird.

(1) Santos v. Santos (1972) Fam. 247 (1972) 2 ALLER 246; (1972) 2 WLR 889, per Sachs LJ.

(2) Ash v. Ash, aaO.

(3) Morley v. Morley (1973) 117 Sol.J. 69, Baker P.; vgl. Hackney v. Hackney (1973) 117 Sol.J. 224, Ormrod J.

(4) siehe oben S. 35

Die restriktive Gerichtspraxis findet ihre Erklärung vorab in der Unsicherheit der Gerichte bei der Entscheidung über die endgültige Ehezerstörung. Wie ein Teil der Morton Commission⁽¹⁾, die Law Commission⁽²⁾ und Lord Simon⁽³⁾, so halten die Gerichte "irretrievable breakdown" mit Ausnahme der klarsten Fälle im Grunde nicht für justiziabel⁽⁴⁾ und vermeiden es deshalb, sich vom gesicherten Boden gesetzlicher Vermutungen auf das Glatteis eigener Nachprüfungen zu begeben. Der tiefere Grund dürfte aber wohl im inquisitionsfeindlichen englischen Verfahrenssystem liegen⁽⁵⁾, das auf der Annahme beruht, daß die Wahrheit, soweit das Gericht sie für eine gerechte Entscheidung kennen muß, schon aus dem Konflikt der beiden Opponenten zutage treten wird. Der Richter ist nicht 'inquisitor', sondern 'arbiter'⁽⁶⁾. Es widerspricht dem Ethos des englischen Rechts, von den Richtern zu verlangen, daß sie als Inquisitoren auftreten⁽⁷⁾. Das Scheidungsverfahren ist zwar schon unter dem Ecclesiastical Law inquisitorisch gewesen, aber diese Tradition hat nicht dazu geführt, daß sich das Scheidungsgericht wesentlich von den anderen Gerichten unterscheidet⁽⁸⁾. Zur Klarstellung muß hier bemerkt werden, daß unter Untersuchungspflicht im englischen Recht nur die Pflicht des Richters verstanden wird, die vorgetragenen Tatsachen zu überprüfen. Eigene Nachforschungen des Richters darüberhinaus sind undenkbar⁽⁹⁾.

(1) Cmnd. 9678, para. 69, S.21

(2) Law Commission Cmnd. 3123, para. 58, S.29, 30

(3) Lord Simon, aaO. S.32, 33

(4) Pheasant v. Pheasant (1972) Fam.202; (1972) WLR 353 (1972) 1 AllER 587; a.A.: Putting Asunder, para. 62, S. 14; vgl. Müller-Freienfels, aaO. S.135

(5) vgl. Kahn-Freund, aaO. (1956) 19 MLR 584; Law Commission, aaO.

(6) Lord Devlin, aaO. S.73, 74; vgl. Mortlock, aaO. S.53

(7) Putting Asunder, para. 89, S.70

(8) Jackson, The Machinery of Justice in England, S.62; vgl. Law Commission Cmnd. 3123, para. 60, S.31; aber siehe para. 58, S.30

(9) Levin, aaO. S.638; vgl. Reynold, Zum neuen englischen Scheidungsrecht, DRiZ 1971, 304.

Der Gesetzgeber hat seinerseits keine klare Entscheidung getroffen. Die Regelung der Zerrüttungsfeststellung ist die Nahtstelle des "unglücklichen Kompromisses" ⁽¹⁾ zwischen den Vorschlägen der Law Commission und Putting Asunder: so findet zwar die befürchtete "divorce by inquest" nicht statt ⁽²⁾, eine Inquisition in die Ehesituation wird aber vom Gesetzeswortlaut doch ermöglicht bzw. gefordert, soweit das Gericht dies vernünftigerweise tun kann ⁽³⁾.

Die parlamentarische Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt, daß diese Einschränkung bewußt vorgenommen wurde, um dem Gericht keine absolute Pflicht zur Untersuchung in jedem Fall aufzuerlegen, ihm aber die Möglichkeit dazu zu geben, wenn es die Situation erfordert ⁽⁴⁾. Mit anderen Worten: die Untersuchungspflicht wurde so, wie sie schon zuvor im MCA 1965 bestanden hatte, in das neue Recht übernommen ⁽⁵⁾.

Aber auch die Erfüllung dieser 'relativen' Untersuchungspflicht ist den Gerichten nicht durch Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes vorgeschrieben oder auch nur wenigstens erleichtert worden. Der Gesetzgeber hat keine ausdrückliche Definition dessen gegeben, was er unter "irretrievable breakdown" versteht. An Vorarbeiten und

(1) vgl. S. 30 f. S. 51

(2) Samuels, The New Divorce Law, (1970) 67 Gaz. 179; vgl. oben S. 28, 29

(3) s. 2(2): "a faint echo of the matrimonial inquest proposed in Putting Asunder"; Puxon, aaO. S. 132

(4) William Wilson MP, zitiert von Brown, Breakdown of Marriage, (1970) 120 NLJ 341; Zum Motiv der Rechtssicherheit und Sicherstellung der Reformnatur des Gesetzes vgl. S. 57, 58

(5) s. 5; vgl. S. 230 ff: Inquisitionsmaxime und gesetzliche Zerrüttungsvermutung

Vorschlägen dazu hatte es nicht gefehlt⁽¹⁾. Der Gesetzgeber hat sie nicht aufgegriffen und die Notwendigkeit einer praktikablen Umschreibung des Rechtsgrundes der Scheidung durch die Einführung der Vermutungstatbestände der s.2(1) umgangen.

In der Literatur ist nun allerdings die Meinung vertreten worden, die Aussöhnungsbestimmungen in s.3 des Scheidungsreformgesetzes seien so etwas wie negative Tatbestandsmerkmale des Scheidungsgrundes. Das Gesetz enthalte demnach eine Negativ-Definition des Begriffs der endgültigen Zerrüttung in der Form: 'eine Ehe ist endgültig zerrüttet, wenn keine Aussicht auf eine Aussöhnung der Ehegatten besteht'⁽²⁾. Der Kläger müsse daher vortragen, daß ein Aussöhnungsversuch fehlgeschlagen sei⁽³⁾. Bei dieser Anwendung der Negativ-Definition entspräche das Ergebnis allerdings dem des zusätzlichen Beweiserfordernisses der endgültigen Zerrüttung, das bereits anderweitig verworfen wurde⁽⁴⁾.

Die Existenz einer derartigen Definition der Zerrüttung könnte als solche jedoch als zwingendes Argument für die extensive Auslegung der Untersuchungspflicht ins Feld geführt werden. Die Ehe müßte dann außer auf das Vorliegen eines der 'facts' nach s.2(1) zusätzlich auf das Nichtvorliegen von Aussöhnungsaussichten hin untersucht werden. Damit würde die endgültige Zerrüttung positiv festgestellt werden und s.1 erhielte Bedeutung als eine positive Tatbestandsvoraussetzung für die Ehescheidung.

(1) z.B. Lord Walker in seinem Votum im Report der Morton Commission, S.341; siehe oben S.27; Putting Asunder, para 55, S.38, 39; vgl. oben S.27ff; - Neuerdings wieder: Griew, der sich für eine flexible Arbeitsdefinition ausspricht: Marital Reconciliation - Contexts and Meanings, (1972A) 30 CLJ 305.

(2) Formulierung angelehnt an s.3(2) DRA 1969 - vgl. S.38; Griew, aaO. S.305; Davon zu unterscheiden ist das Fehlen von Aussöhnungsaussichten als Begriffsmerkmal der endgültigen Zerrüttung: siehe S.271 ff.

(3) Freeman, aaO. S.186

(4) siehe S.70, 71

Die Rechtsprechung hat diese Theorie bisher nur insoweit aufgegriffen, als das Vorliegen von Aussöhnungsaussichten als Beweis des Gegenvorbringens des Beklagten, die Ehe sei nicht endgültig zerrüttet, anerkannt wird⁽¹⁾. Die weitergehenden Folgerungen für den Zerrüttungsgrundsatz der s.1 wurden jedoch nicht gezogen. Insbesondere wurde s.3(2) nicht im Sinne einer Untersuchungspflicht auf Aussöhnungsaussichten ausgelegt⁽²⁾. Das Gericht verläßt sich also auch bei der Entscheidung über die Bestandsfähigkeit der Ehe im Rahmen von s.3(2) ganz auf das Parteivorbringen - und das selbst dann noch, wenn es das Verfahren bereits ausgesetzt, also die grundsätzliche Aussöhnungsfähigkeit an sich schon anerkannt hat⁽³⁾.

Die positive Feststellung der endgültigen Zerrüttung aufgrund einer Untersuchung der Ehe nach Maßgabe der Negativ-Definition kommt daher nur in zwei Ausnahmefällen vor: im Falle des substantiierten Gegenvorbringens des Beklagten⁽⁴⁾ und im Fall des Scheidungsbegehrens innerhalb von drei Jahren nach der Eheschließung, in dem das Gericht die Pflicht hat, festzustellen, ob eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Aussöhnung besteht, bevor die Erlaubnis zur Klageerhebung erteilt wird⁽⁵⁾. Letztere Untersuchung war von der erzbischöflichen Studiengruppe als identisch mit der von ihr geforderten generellen Zerrüttungsuntersuchung bezeichnet worden⁽⁶⁾.

Mit anderen Worten: die Rechtsprechung hat keinen der verschiedenen Ansatzpunkte im Gesetz zugunsten einer extensiven Auslegung der Inquisitionsmaxime und damit empirischen Zerrüttungsfeststellung wahrgenommen. Die Möglichkeit einer impliziten Zerrüttungsdefinition wurde nicht aufgegriffen und die Unterlassung der Aufnahme einer expliziten Definition in das Gesetz als Manifestation eines gesetzgeberi-

(1) vgl. Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant, aaO.

(2) Einzelheiten siehe S.253 ff, 278 ff

(3) Brown, aaO. S.343

(4) siehe S.79 ff: Die positive Zerrüttungsfeststellung

(5) s.2(2) MCA 1965. Siehe S.238 ff; Hall, Encouraging Reconciliation of Dissident Spouses, (1967) 25 CLJ 180

(6) Putting Asunder, para. 62, S.45

schen Willens verstanden, de facto nicht 'breakdown', sondern die 'facts' zum Scheidungsgrund zu machen, die dank der daran geknüpften Vermutung die Gerichte davon abhalten, sich unmittelbar mit dem 'breakdown' selbst zu beschäftigen.

Die restriktive Auslegungspraxis der Rechtsprechung, die s.1 des Scheidungsreformgesetzes rechtliche Relevanz als Scheidungsgrund abspricht, findet hierin ihre gesetzliche Grundlage.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sich s.1 des Scheidungsreformgesetzes als Tatbestandsvoraussetzung tatsächlich als ohne 'real legal significance'⁽¹⁾ erweist. Der darin formulierte Zerrüttungsgrundsatz wird seinem Anspruch - to be sole ground for divorce - nicht gerecht, da einerseits auf die Zerrüttung als solche keine Scheidung gestützt werden kann, andererseits aber auch bei der in der Rechtspraxis üblichen Konstruktion der s.1 als negatives Tatbestandsmerkmal der eigentlichen Scheidungsgründe in s.2(1) eine Untersuchung der Ehezerrüttung nur in wenigen streitigen Ausnahmefällen erfolgt. Trotz Zerrüttungsprinzip und Inquisitionsmaxime wird von den Gerichten bei mehr als 97 % der Scheidungen⁽²⁾ keine Würdigung der tatsächlichen Ehesituation vorgenommen, sondern die endgültige Zerrüttung der Ehe lediglich vermutet. Maßgebend hierfür sind die fünf Ehesituationen der s.2(1) des Scheidungsreformgesetzes. Das Tatbestandsmerkmal der s.1 tritt bis auf wenige Ausnahmefälle materiell als Scheidungsvoraussetzung nicht in Erscheinung - formell dagegen steht es in jeder Entscheidung, da ja nur die endgültige Zerrüttung der Ehe Scheidungsgrund ist.

{1} Lord Simon, aaO. S.3232, siehe oben S. 65, 66

{2} siehe S.72 FN 2 :unstreitige Scheidungsverfahren

II. Die positive Zerrüttungsfeststellung

1. Problematic

In seltenen Ausnahmefällen nur versucht der Beklagte, die "gesetzliche Vermutung"⁽¹⁾ zu widerlegen, indem er eine Beweislage herbeiführt, aufgrund deren das Gericht 'on all the evidence' zu der Überzeugung kommen soll, daß die Ehe trotz Vorliegens eines oder mehrerer 'facts' nicht endgültig zerrüttet ist⁽²⁾. Wie bereits aufgezeigt wurde⁽³⁾, trifft die Beweislast für letzteres den Beklagten. Welche Beweismittel können ihm zur Verfügung stehen, wenn der Kläger bereits das Vorhandensein eines de-facto-Scheidungsgrundes bewiesen hat, die Zerrüttung dadurch gesetzlich vermutet wird, der Kläger vielleicht obendrein diese endgültige Zerrüttung auch noch behauptet und die Ausweglosigkeit der Situation nicht zuletzt deswegen schon erwiesen zu sein scheint, weil sich die Ehegatten im High Court gegenüberstehen?

Die Kriterien, nach denen das Gericht entscheidet, sind im Gesetz nicht angegeben⁽⁴⁾. Die bereits erwähnte 'Negativ-Definition' der Zerrüttung⁽⁵⁾ scheint am ehesten Anhaltspunkte zu bieten: e contrario besagt sie, daß die Ehe nicht zerrüttet sein kann, wenn Aussicht auf eine Aussöhnung der Ehegatten besteht. Der Nachweis von Aussöhnungsbereitschaft⁽⁶⁾, -verlangen⁽⁷⁾, -hoffnungen⁽⁸⁾, -möglichkeit⁽⁹⁾ bis hin zur Aussöhnungsgewißheit⁽¹⁰⁾ ist denn auch

(1) Ash v. Ash (1972) Fam.135; (1972) 1 ALLER 582; (1972) 2 WLR 347

(2) s.2(3) DRA 1969

(3) siehe S.72,73

(4) Waters, Divorce Reform Act 1969, (1970) 114 Sol.J. 727

(5) siehe S. 76

(6) Freeman, aaO. S.186

(7) Waters, aaO.

(8) Passingham, aaO. para. 59, S.24

(9) Bromley, aaO. S.213, Griew, aaO. S.305

(10) Eekelaar, aaO. S.244

der einzige, allenthalben angeführte, Beispielsfall.

Im unterschiedlichen Gewißheitsgrad der Aussöhnungsaussichten zeigen sich nicht nur Meinungsverschiedenheiten über die Beweisanforderungen der s.2(3), sondern letztlich unterschiedliche Zerrüttungsbegriffe: Ist die Zerrüttung der Ehe schon dann nicht endgültig, wenn ein Partner nur glaubhaft versichert, er sei zur Aussöhnung bereit, falls sie nur irgendjemand versuche, oder ist die Ehe solange als endgültig zerrüttet anzusehen, wie sich die Ehegatten nicht mit Gewißheit aussöhnen? Für wie lange müssen sie ausgesöhnt bleiben, um die notwendige Gewißheit zu erreichen?

Die bloße Behauptung, die Ehe sei nicht endgültig zerrüttet, wird jedenfalls nicht ausreichend sein können⁽¹⁾; aber vorauszusagen, wie das Gericht vom Beklagten im Einzelfall zufriedengestellt werden kann, wird allgemein für sehr schwer oder fast unmöglich gehalten⁽²⁾. Auf der anderen Seite lastet auf den Schultern des Richters die fast unmögliche Aufgabe, zu entscheiden, ob das 'substratum' der Ehe noch vorhanden ist oder nicht⁽³⁾. Lord Simon hat in seiner Riddell Lecture diese Situation anschaulich beschrieben⁽⁴⁾: Wie könne das Gericht trotzdem feststellen, die Ehe sei nicht endgültig zerrüttet, wenn der Kläger erklärt, daß er auf keinen Fall bereit sei, je wieder mit diesem Mann oder dieser Frau zusammenzuleben?⁽⁵⁾

Letztlich handelt es sich hier um Fragen, die nur am jeweiligen Einzelfall geklärt werden können. Gerichtsentscheidungen zu den Bestandsaussichten einer Ehe liegen mit

(1) Ash v. Ash, aaO. vgl. S. 71

(2) Passingham, aaO.; Eekelaar, aaO.

(3) Waters, aaO.; Brown, Divorce Reform Act 1969, (1970) 120 NLJ 75

(4) Lord Simon, aaO. S.3333

(5) Passingham, aaO.; Lord Simon, aaO.

wenigen Ausnahmen bisher nur indirekt, nämlich zu den Bestimmungen des Scheidungsreformgesetzes vor, mit denen der Gesetzgeber den Eintritt einer endgültigen Zerrüttung verhindern will. Da gerade im englischen Recht die Gefahr falscher Inferenzen sehr groß ist⁽¹⁾, sollen diese Entscheidungen an ihrem jeweiligen systematischen Standort behandelt werden⁽²⁾.

2. Die Kriterien der Rechtsprechung

Die beiden bereits mehrfach zitierten Entscheidungen Ash v. Ash⁽³⁾ und Pheasant v. Pheasant⁽⁴⁾, die einzigen, in denen s.2(3) des Gesetzes substantiell Berücksichtigung findet, lassen auf eine Tendenz der Gerichte schließen, die Frage nach der Endgültigkeit der Zerrüttung möglichst bereits auf der Ebene der Tatbestandsfeststellung nach s.2(1) zu entscheiden.

Dies kann allerdings nur mit der Einschränkung gesagt werden, daß in beiden Fällen zugleich auch die Tatbestandsvoraussetzung zu prüfen war, ob es vom Kläger vernünftigerweise erwartet werden kann, mit dem Beklagten zusammenzuleben⁽⁵⁾.

Die darin enthaltenen Zumutbarkeitsgesichtspunkte waren es denn auch, auf die sich die Entscheidungen bei Ash v. Ash im wesentlichen, bei Pheasant v. Pheasant sogar ausschließlich stützten. Ormrod J. wies in Pheasant v. Pheasant die Scheidungsklage des Ehemannes ab und stellte in

(1) vgl. Esser, aaO. S.183 ff und 284, 'Principle and Rule im Case Law: Die am Einzelfall gewonnene Erkenntnis kann nur bedingt und unter Einhaltung strenger Regeln der Interpretation auf andere Fälle übertragen oder zur 'rule' oder zum 'principle' erhoben werden

(2) siehe S.253 ff

(3) siehe S.79 FN 1

(4) siehe S.74 FN 4

(5) s.2(1)(b) DRA 1969

einem obiter dictum fest: "Finally had it been necessary to consider s.2(3) I would have hesitated, on the unusual facts of this case, to hold that this marriage has, in fact, irretrievably broken down"⁽¹⁾.

Der Ehemann hatte behauptet, seine Frau sei nicht fähig gewesen, ihm die spontane und demonstrative Zuneigung entgegenzubringen, nach der er sich sehne und die seine Natur verlange, und es sei deshalb unmöglich für ihn, weiter mit ihr zusammenzuleben. Die Ehefrau hielt die Ehe nicht für endgültig zerrüttet und gab an, sie würde seine Rückkehr begrüßen und glauben, daß eine Meinungsänderung bei ihm immer noch möglich sei. Die Beweiserhebung ergab einen Persönlichkeitswandel beim Ehemann und die Entwicklung eines psychoneurotischen Zustandes, der ihn vollkommen egozentrisch und unfähig gemacht hatte, seine ehelichen Schwierigkeiten in vernünftiger Weise anzugehen oder Rat anzunehmen. Die Frau habe dagegen getan, was sie konnte, und ihre Aussöhnungsbereitschaft sei aufrecht, sagte der Richter.

Ormrod J. entschied sich für eine objektiv-generelle Betrachtungsweise und damit gegen die subjektive Empfindung des Ehemannes. Diese objektiv-generelle Auffassung kann vereinfachend (und vielleicht etwas kalauerhaft) so beschrieben werden: 'Es ist nie zu spät zur Rettung der Ehe.' So begründete der Richter seine Entscheidung, mit der er die Endgültigkeit der Zerrüttung verneinte, mit dem Satz: "I hope that even at this late stage and having had the traumatic experience of exposing his unhappiness in court he - d.i. der Ehemann - will reconsider his attitude towards his wife..., and perhaps, at least try to see whether a psychiatrist or marriage guidance counsellor can help him to understand his own difficulties." (2)

Diese Begründung hätte Ormrod J. so darf aus dem obiter dictum geschlossen werden - auch für eine Entscheidung unter s.2(3) herangezogen.

(1) aaO. (1972) Fam.202; (1972) 1 ALLER 587; (1972) 2 WLR 353

(2) aaO.

Für einen objektiv-generellen Untersuchungsmaßstab bei s.2(3) hatte sich zuvor auch bereits Bagnall J. in Ash v. Ash ausgesprochen⁽¹⁾. Seine Beschreibung des richterlichen Vorgehens bei der Entscheidung, ob eine Ehe endgültig zerrüttet ist, ist kennzeichnend für Arbeitsweise und Urteilsstil des englischen Richters im allgemeinen und die Zerrüttungsuntersuchung im besonderen:

"What I have to do is to examine the whole of the evidence placed before me, including and giving not inconsiderable weight to the assertions of the parties, and make up my mind, quite generally, whether it can be said that in spite of the behaviour of the husband, and the reaction to that behaviour of the wife, the marriage has not broken down irretrievably. In my opinion, in performing that general exercise on a survey of the evidence, only a general answer is appropriate and no useful purpose would be served by seeking to place quantitative weight on one consideration or another."⁽²⁾

Der beklagte Ehemann war durch berufliches Mißgeschick und spätere Arbeitslosigkeit mehr und mehr zum Trinker geworden und hatte Gewalttätigkeiten an seiner Frau verübt, die daraufhin die Scheidung mit der weiteren Begründung verlangte, daß sie nicht im geringsten daran denke, noch einmal mit ihm als Mann und Frau zusammenzuleben. Der Ehemann gab seiner Überzeugung Ausdruck, die Ehe sei nicht endgültig zerrüttet. Sein Zustand sei vorübergehend und seiner schwachen Gesundheit und der Arbeitslosigkeit zuzuschreiben. Mit etwas Interesse und Verständnis für seine Probleme seitens seiner Frau sei die Ehe zu retten. In seiner Beweiswürdigung stellte Bagnall J. fest, daß Charakter, Persönlichkeit und Verhalten der Frau ein Zusammenleben der Ehegatten unmöglich erscheinen lassen, und kam zu dem Schluß:

"Performing the best survey that I can of the evidence, and having regard to the personalities of the parties as displayed in the witness box, I have concluded that I cannot be satisfied on all the evidence that the marriage has not broken down irretrievably and accordingly I must pronounce a decree nisi."⁽³⁾

(1) vgl. Waters, The Divorce Reform Act 1969 in Retrospect II, (1972) 116 Sol. J. 326

(2) Ash v. Ash, aaO.

(3) Ash v. Ash, aaO.; (Hervorhebung des Verfassers)

Beide Entscheidungen zeigen, daß die Gerichte nur höchst widerstrebend bereit sind, in eine Entscheidung darüber einzutreten, ob eine Ehe tatsächlich gerettet werden kann. Wenn das jedoch aufgrund des Klagevorbringens unabwendbar ist, werden weniger die subjektiven Vorstellungen des individuellen Ehegatten den Ausschlag geben, als vielmehr die objektive Frage, ob eine solche Ehe generell überhaupt Aussicht auf Fortbestand hat⁽¹⁾.

Erst in zweiter Linie hängt die Entscheidung dann davon ab, ob einem Minimum an Aussöhnungsfähigkeit auf der einen Seite ein - den Umständen gemäßes - Maximum an Aussöhnungsbereitschaft gegenübersteht. Fehlt ersteres, muß letzteres ins Leere stoßen. Eine lediglich verbale Aussöhnungsbereitschaft, ohne daß Persönlichkeit und bisheriges Verhalten für eine hinreichende Verlässlichkeit sprechen, genügt nicht, denn schließlich muß ja eine bereits nachgewiesene Zerrüttungsvermutung widerlegt werden. Liegen die Mindestvoraussetzungen vor, wird sich das Gericht außerstande sehen, die Endgültigkeit der Zerrüttung festzustellen und den Parteien sowie professionellen und institutionellen Eheberatern Gelegenheit geben, der Zerrüttung entgegenzuarbeiten⁽²⁾ und den Wiederaufbau der Ehe einzuleiten.

Die Gerichte haben somit Beurteilungsmaßstäbe für den "irretrievable breakdown" gefunden, die dessen Justiziabilität entgegen weitverbreiteter Skepsis gerade auf seiten der Richterschaft selbst⁽³⁾ erwiesen haben. Für s.1 des Scheidungsreformgesetzes bedeutet das die grundsätzliche, wenn auch nur in Ausnahmefällen verwirklichte Bewährung als positives Tatbestandsmerkmal.

- (1) vgl. Bissett-Johnson, The Continued Relevance of the Fault Principle in Matrimonial Law, (1973) 3 Fam.Law 7
- (2) Einzelheiten über die Wahrnehmung von Aussöhnungsaussichten durch das Gericht S.253 ff., 261 ff, 269 ff, 278 ff.
- (3) vgl. S.66, 74

3. Zusammenfassung

Die Untersuchungen zu s.1 DRA 1969 als Rechtsgrundlage für eine Ehescheidung führen zum Ergebnis, daß entgegen dem äußeren Anschein des 'sole ground' eine Scheidung nur in wenigen Ausnahmefällen aufgrund positiv festgestellter endgültiger Zerrüttung und niemals ohne vorherige Verwirklichung eines spezifischen Scheidungstatbestandes ausgesprochen wird, für den s.1 lediglich ein negatives Tatbestandsmerkmal abgibt.

Das englische Scheidungsrecht wird demzufolge nicht von einem formellen Zerrüttungsprinzip im eigentlichen Sinne beherrscht.

Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß im englischen Scheidungsrecht dem Zerrüttungsgedanken nicht doch de facto wesentliche Bedeutung zukommt. Zwei Wirkungsweisen sind denkbar:

Erstens, die mögliche demonstrative Wirkung von s.1 als einer Grundsatznorm, die zwar keine tatbestandliche Wirkung entfaltet, aber 'den Geist des Gesetzes' umschreibt und die Einzelregelungen gestaltend durchdringt⁽¹⁾.

Zweitens, die Verwirklichung eines materiellen Zerrüttungsprinzips durch die einzelnen Scheidungsgründe der s.2(1), an die sich ja bereits eine diesbezügliche gesetzliche Vermutung knüpft⁽²⁾.

III. Die Gestaltungskraft des Zerrüttungsgrundsatzes

1. Der Zerrüttungsgrundsatz als Zielvorstellung

Obwohl s.1 DRA 1969 das Zerrüttungsprinzip in das englische Scheidungsrecht einführt und damit am deutlichsten die Reformeigenschaft des Gesetzes zum Ausdruck bringt⁽³⁾, hat

{1} siehe S. 85 ff.

{2} siehe S. 93 ff.

{3} vgl. Littler, aaO.; siehe oben S.65

die bisherige materiell-rechtliche Untersuchung keine wesentliche Bedeutung dieser Bestimmung ergeben. Eine solche enge Betrachtungsweise, die s.1 nur danach beurteilt, inwieweit sie als Scheidungsgrund im Sinne einer Anspruchsgrundlage für die Scheidung rechtliche Wirkung entfaltet, übersieht freilich die rechtspolitische Komponente dieser gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung.

Auf dieser Linie ist die Kritik zu sehen, die s.1 als "ein Stück Tarnung"⁽¹⁾, als "Augenauswischerei"⁽²⁾, als "mere surplusage"⁽³⁾ bezeichnet. Die Qualifizierungen in s.2(1) würden s.1 praktisch jeder Wirkung auf die Praxis des Scheidungsrechts berauben⁽⁴⁾. Dieser Behauptung bedienen sich interessanterweise die Gegner der Reform des Scheidungsgesetzes aus beiden Lagern:

Auf der einen Seite die Anhänger des traditionellen Systems, die in s.1 eine schwache Stelle der neuen Ordnung erkannt zu haben glauben, die nur übertriebene Behauptungen aufstellt, aber nichts dergleichen verwirklicht. "We have at least that to be thankful for because if this Bill did what Clause 1 says it wants to do it would indeed be a disaster"⁽⁵⁾.

Auf der anderen Seite die Verfechter eines reinen Zerrüttungsprinzips: ihnen geht s.1 wegen s.2(1) nicht weit genug. In Wirklichkeit sei das eine Minimalreform und beleihe kein Scheidungsrecht, das auf der Zerrüttung beruhe, sondern auf einer Art modifiziertem Verschuldensprinzip⁽⁶⁾. Hall bezeichnet s.1 als "Lippenbekenntnis zum Idealismus von Putting Asunder" und vertritt die Meinung, das Schei-

(1) St. John Stevas MP, HC Standing Committee C, col.84

(2) Lasok, aaO. (1968) 112 Sol.J.453

(3) Campbell MP, HC Standing Committee B. In diese Richtung stößt auch die Kritik Lord Simons, aaO. siehe S.65

(4) Lord Reid, HL, Hansard vol. 304, col. 1274; Campbell MP, aaO.

(5) Lord Reid, aaO. - Lord Reid, 'Lord of Appeal in Ordinary', ist als einer der zehn 'Law Lords' einer der höchsten Richter des Landes

(6) vgl. Griew, aaO. S.305; Brown, The Act of 1969 - The First Year, (1972) 122 NLJ 529

dungsgesetz beruhe nun teils auf Eheverfehlung und teils auf Zerrüttung⁽¹⁾.

Die Kritiker beider Richtungen übersehen die Gestaltungskraft des Rechtsgedankens, der in s.1 enthalten ist. Ihr positivistischer Standpunkt und ihr Denken in Anspruchsnormen läßt sie die durchgreifende Wirkung einer 'bloßen' gesetzgeberischen Willenserklärung auf die Rechtspraxis nicht erkennen oder glauben. Ein Gegner des Scheidungsreformgesetzes - Anhänger des alten Rechts - hat dabei ganz unbeabsichtigt selbst die entscheidende Stelle angesprochen, an der s.1 eben doch eine - wie sich zeigen wird - 'revolutionäre' Wirkung entfaltet: Im Anschluß an die Bemerkung, daß s.1 eine höchst überflüssige Bestimmung sei, stellt Campbell⁽²⁾ zutreffend fest:

"However, it (s.1) introduces the new idea that marriage should be dissolved not on the basis of a matrimonial offence but on the basis that the marriage has irretrievably broken down. All it does is to introduce the idea ..." Und weiter: "Clause 1 achieves nothing, except for planting that idea in people's minds."

Wenn die von Campbell angesprochenen "Leute", in deren Köpfe die neue Idee eingepflanzt wird, auch die Anwälte und Richter einschließen, dann hätte das Gesetz damit selbst eine der wesentlichsten Voraussetzungen für seinen Erfolg geschaffen: eine Bewußtseinsveränderung aller an der Scheidung Beteiligten im Sinne der von der Law Commission 'klassisch' formulierten Idealvorstellung eines guten Ehescheidungsrechts⁽³⁾.

Deren Definition ist in England und Deutschland⁽⁴⁾ unzählige Male zitiert worden und läuft Gefahr, für einen Gemeinplatz gehalten zu werden⁽⁵⁾.

(1) A New Basis for Divorce, (1970) 28 CLJ 46

(2) aaO. Standing Committee B

(3) Law Commission Cmd. 3123, para. 15 S.10, siehe oben S. 31 vgl. Wolf/Lüke, aaO. S.36 und die Besprechung von Brühl in FamRZ 1969, 381

(4) Giesen, Aktuelle Probleme einer Reform des Scheidungsrechts, S.14; Seidl, aaO. S.19; Motsch, Buchbesprechung RabelsZ 32 (1968), 383; Mikat, Scheidungsrechtsreform in einer pluralistischen Gesellschaft, FamRZ 1970, 337; Wolf, in Wolf/Lüke, aaO. Einleitung, S.5

(5) Kahn-Freund, aaO. (1967) 30 MLR 181; Griew, aaO. S.305

Der autoritative Charakter der Berichte der Law Commission ist jedoch vom Court of Appeal 'per curiam' anerkannt worden⁽¹⁾ und die Zielvorstellung der Kommission für das Scheidungsrecht wurde in der Rechtsprechung als die des Gesetzes von 1969 herausgestellt⁽²⁾: diese Auslegung des Zwecks des Gesetzes sollte deshalb auf die Tatsachen des jeweiligen Einzelfalles Anwendung finden⁽³⁾.

2. Zerrüttungsprinzip und Eheverfehlungstatbestände

Diese Auslegung des Gesetzes im Sinne der Law Commission ist ebenso wie dessen Bewertung als 'reforming act'⁽⁴⁾ nur dadurch möglich, daß s.1 das Zerrüttungsprinzip förmlich in das Gesetz eingeführt hat. Section 1 muß als die bindende Niederlegung der Absicht des Gesetzgebers verstanden werden, nach der die übrigen Vorschriften des Gesetzes auszulegen sind⁽⁵⁾. Diese Auffassung hatte der 'Spönsor' des Gesetzes im Oberhaus, Lord Stow Hill, bereits in seinem Plädoyer für die Erhaltung von s.1 im Gesetz vertreten⁽⁶⁾.

Mit der ausdrücklichen und ausschließlichen Bezugnahme auf die Zerrüttung der Ehe wurde zugleich "auf einen Schlag" die ganze Wissenschaft von der Eheverfehlung mit allem, was dazu gehört, zerstört⁽⁷⁾. Die Systematik des Gesetzes unterstreicht den Vorrang des Zerrüttungsgrundsatzes, indem sie die an den früheren Scheidungsgründen orientierten Zerrüttungstatbestände in eine "subordinate position" stellt⁽⁸⁾. Diese sind nach einer in den Ausschlußberatungen

(1) Wachtel v. Wachtel, aaO.

(2) Ash v. Ash (1972) Fam. 135; (1972) 1 ALLER 582; (1972) 2 WLR 347; Pheasant v. Pheasant (1972) Fam.202; (1972) 1 ALLER 587; (1972) 2 WLR 353

(3) Ash v. Ash, aaO. per Bagnall J.

(4) siehe oben S.63, 64

(5) Littler, aaO.

(6) HL, Hansard vol. 303, col. 298

(7) Griew, aaO. S.304

(8) Scarman, aaO. (1971) 121 NLJ 671

gegebenen Erläuterung "the machinery for putting in effect ... the objective of clause 1" ⁽¹⁾.

Allein diese vom Gesetzgeber der s.1 beigemessene Gestaltungskraft erlaubte es, die Eheverfehlungen als de-facto-Scheidungsgründe beizubehalten und trotzdem die mit dem Verfehlungscharakter wesensnotwendig verbundenen Scheidungshinderungsgründe abzuschaffen und s.2(3) an deren Stelle zu setzen ⁽²⁾. Wie kann vom Richter noch erwartet werden, eine Eheverfehlung wahrheitsgemäß festzustellen, wenn sich die Parteien offen und ungestraft zu ihrer Fingierung verabreden können? Wie kann auf Schuld und Unschuld erkannt werden, wenn der Kläger dem Richter nicht mehr den selbst begangenen Ehebruch als 'discretion statement' schildern muß? ⁽³⁾

Der Umkehrschluß führt zu dem richtigen Ergebnis, daß die 'facts' dann eben nicht mehr Eheverfehlungen im Sinne des Verschuldensprinzips sein können.

Welche Gestalt die Eheverfehlungen mit dem Scheidungsreformgesetz im einzelnen und gegenüber s.1 erhalten haben, ist Gegenstand der Untersuchung im folgenden Abschnitt B ⁽⁴⁾. An dieser Stelle genügt der Nachweis, daß das Fehlen der traditionellen 'bars to divorce' die Eheverfehlungsscheidung einiger ihrer wesensnotwendigen Merkmale beraubt. Entfielen s.1 des Gesetzes, wäre eine wesensmäßig richterliche Entscheidung nicht mehr möglich, da dann die Zuordnung der 'facts' als Vermutungen entfielen und der Richter sie auf Nachweis nur noch administrativ als Scheidungsgrund registrieren könnte.

- (1) Sir Lionel Heald, HC Standing Committee B., col.4; Ebenso Griew: "Section 1 does provide a theoretical point of departure for practitioners and others who wish to take the heat out of terminal and post-mortuary marital conflicts", aaO. S.305
- (2) siehe oben S.11 f; vgl. Harnett v. Harnett (1973) Fam. 156; (1973) 2 ALLER 593
- (3) siehe oben S.20 FN 6
- (4) siehe S.93 ff.

Wenn Lasok⁽¹⁾ sagt, s.1 sei überflüssig, da die Gerichte "statutory breakdown" judizieren, muß ihm daher entgegengehalten werden, daß o h n e diese Bestimmung 'break-down' im Scheidungsreformgesetz gar nicht justiziabel wäre.

- Eine andere, rein formale Frage ist es, ob es dazu der Voranstellung des Grundsatzes bedurfte. Rein rechtstechnisch gesehen, was das sicher nicht notwendig, und der Gesetzgeber hat inzwischen im Matrimonial Causes Act 1973 hierin auch eine (redaktionelle) Änderung vorgenommen⁽²⁾. Der Wandel der Konzeption erhielt dadurch jedoch unzweifelhaft eine Hervorhebung, die s.1 einen Signalcharakter verleiht und die Unterordnung der 'facts' unterstreicht. -

Der entscheidende materielle Aspekt der - wie auch immer formal gestalteten - Vorrangstellung des Zerrüttungsgrundsatzes ist die damit zusammenhängende Einfügung der Verfehlungstatbestände in ein neues Bezugssystem, das die Entfernung der bisher notwendigen 'Korsettstangen' - der Scheidungshinderungsgründe - ermöglicht. Diese hatten viel zur Verschärfung der Konflikte zwischen den Parteien beigetragen und das bisherige Verfahren diskreditiert⁽³⁾. Da trotz der Verfehlungstatbestände heute nicht mehr auf Schuld oder Unschuld, sondern nur noch auf den Zustand der Ehe abgestellt werden soll, entbehren sie umsomehr der Grundlage⁽⁴⁾.

Vielen erscheint gerade diese Folge der Reform des Scheidungsrechts, die es den Parteien ermöglicht, frei und un-

(1) aaO. (1968) 112 Sol. J. 453

(2) siehe S.49, FN 3 sowie S.350 f

(3) Law Commission, Cmnd. 3123, para. 28, S.16; Jackson, aaO. S.55; Müller-Freienfels, Zur englischen Scheidungsreform, JZ 1970, 318

(4) Passingham, aaO. para. 49, S.21; Barton, aaO. (1970) 86 LQR 348

befangen zu Übereinkünften zu gelangen, als der hauptsächlichste Effekt des Scheidungsreformgesetzes⁽¹⁾.

3. Zusammenfassung

Diese Ergebnisse beweisen, daß die ausdrückliche Bezugnahme auf das Zerrüttungsprinzip als einzigen Scheidungsgrund in s.1 des Gesetzes tatsächlich rechtliche Wirkungen entwickelt. Sie setzt zunächst ein Zeichen und verändert die Einstellungen und die Atmosphäre an den Gerichten⁽²⁾.

Der "theoretische Ausgangspunkt"⁽³⁾ für die Bewußtseinsänderung der Scheidungsbeteiligten bewirkt aber neben einer 'Klimaveränderung' durchaus auch eine juristische 'Schwerpunktverschiebung'⁽⁴⁾:

Section 1 markiert den Wandel in der grundsätzlichen Konzeption des Scheidungsrechts in so eindeutiger Weise, daß er von den Gerichten nicht 'übersehen' werden konnte und die Entscheidungen auf die Dauer unausbleiblich prägen mußte. Diese Eindeutigkeit ist es letztlich, die die Rechtsprechung zur Anerkennung des Gesetzes als 'reforming act' gebracht hat⁽⁵⁾. Trotz der Tatsache, daß das Scheidungsreformgesetz ein Kompromiß ist, "a compromise between two extreme philosophies"⁽⁶⁾, geht die Kritik, die sich an

(1) Müller-Freienfels, aaO.; Waters, aaO. (1972) 122 NLJ 529; Brown, aaO. (1970) 120 NLJ 343

(2) Mortimer, Divorce and the Church, (1972) 2 Fam. Law 192

(3) Griew, aaO.

(4) Ormrod J.: "shift of emphasis": Wachtel v. Wachtel (1973) 1 ALLER 116

(5) siehe S. 61 ff, 63

(6) Bagnall J. in Harnett v. Harnett (1973) Fam. 156; (1973) 2 ALLER 593

diese Bezeichnung knüpft⁽¹⁾, ins Leere, weil die Rechtsprechung aufgrund der ausdrücklichen Bezugnahme auf das Zerrüttungsprinzip doch zur Anerkennung eines radikalen Wandels in der rechtlichen Grundlage der Ehescheidung gekommen ist⁽²⁾ und - wie nachgewiesen wurde - kommen mußte.

Nur noch logische Folge dieser Anerkennung des neuen Prinzips ist die Feststellung des Gesetzeszwecks als identisch mit der Definition der Law Commission⁽³⁾ und die Interpretation der Einzelvorschriften im Geiste der neuen Einstellung⁽⁴⁾.

Entgegen der eingangs zitierten Annahme Lord Simons⁽⁵⁾ kann somit abschließend festgestellt werden, daß s.1 des Scheidungsreformgesetzes von 'entscheidender rechtlicher Bedeutung' ist. Section 1 verwirklicht zwar kein 'abstraktes' formelles Zerrüttungsprinzip, ist aber auch nicht nur eine negative Tatbestandsvoraussetzung anderer Scheidungsgründe, die - was nachzuweisen sein wird - materiell auch mehr oder weniger von der Zerrüttung der Ehe ausgehen.

(1) vgl. Griew, aaO. S.304; vgl. die auf S. 51 zitierten kritischen Stimmen zur Kompromißbeigenschaft des DRA 1969, insbesondere Bromleys häufig zitierte Formulierung: "These provisions represent an unhappy compromise between the matrimonial offence theory and the irretrievable breakdown theory which is unlikely to commend itself to the supporters of either", aaO. S.213; vgl. Mortlock, aaO. S.10; Giesen, aaO. FamRZ 1972, 53; Hall, aaO. S.46; Wolf, aaO. S.15

(2) Bagnall J., aaO.; Ormrod J., aaO.; vgl. auch S. 63

(3) siehe S.31

(4) vgl. Ormrod J., aaO.; siehe S. 63f, S. 87 f

(5) aaO.; siehe S. 65, 66

B) Materielles Zerrüttungsprinzip - Die Zerrüttungssituationen -

I. Ehebruch und Unerträglichkeit des Zusammenlebens

1. Wandel des Begriffsinhaltes des früheren Scheidungsgrundes

Der Ehebruch, jener "klassische" Fall der Eheverfehlung⁽¹⁾, hat auch unter der Herrschaft des Zerrüttungsprinzips seine Stellung als Nummer 1 in der Reihenfolge der Scheidungsstatbestände bewahrt und das nicht nur in England, sondern ebenso in anderen Common Law Ländern, die das Zerrüttungsprinzip eingeführt haben, wie Australien, Kanada, Neuseeland⁽²⁾. Aus der Nennung des Begriffes Ehebruch darf jedoch nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß der Gesetzgeber den Tatbestand lediglich aus dem früheren Recht übernommen hat und zu seiner Erläuterung die frühere Rechtsprechung verwendet werden kann⁽³⁾. Eine derartige enge, begriffsgebundene Auffassung der s.2(1)(a) übersieht die Möglichkeit eines Wandels der Begriffsinhalte bei gleichbleibender Form. Die Entwicklung des Common Law zeigt aber, daß es gerade eine Stärke des englischen Rechtssystems ist, evolutionären Wandel durch "judicial reasoning" über dieselben 'rules' und 'principles' oder 'korrigierende' Gesetze zu bewirken. "New words and old forms are indicative of the genius of the English for peaceful, evolutionary change"⁽⁴⁾. Übersehen wird aber auch das Scheidungsreformgesetz selbst, das zwei grundsätzliche Unterschiede zum alten Recht⁽⁵⁾ aufweist: Die endgültige Ehezerüttung ist als einziger Scheidungsgrund bezeichnet und als Beweis dafür gilt Ehebruch zusammen mit dem Nachweis, daß der Kläger das Zusammenleben unerträglich findet. Die formale Unterordnung der s.2 unter s.1

(1) vgl. Davies, Matrimonial Relief in English Law, aaO. S.323; Müller-Freienfels, aaO. S.135; "Matrimonial Offence par excellence": Freeman, aaO. S.187; vgl. oben S. 8

(2) Holden, Divorce in the Commonwealth, (1971) 20 ICLQ 66

(3) so Seidl, aaO. S.26 - Vgl. oben S. 63, 64

(4) Samuels, The New Divorce Law, (1970) 67 Gaz. 179

(5) s.1(1)(a)(i) MCA 1965 - Scheidungsgrund Ehebruch

und die Bildung eines zweigliedrigen Zerrüttungstatbestandes für die Tathandlung Ehebruch deuten auf eine Änderung der rechtlichen Qualifikation des Ehebruches hin. Drittens übersieht die begriffsgebundene Auffassung jedoch die materielle Vorrangstellung des Zerrüttungsprinzips mit deren Konsequenz, daß die Anwendung aller Bestimmungen des Gesetzes selbst wie auch die Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung nur nach Maßgabe dieses Prinzips erfolgen kann. "... the object of the Act of 1969 is to sweep away the matrimonial offence as the basis for divorce and it seems likely that in consequence all previous decisions based upon the gravity of these offences are no longer law" (1) Bei der Beurteilung von s.2 (1)(a) kann daher die bisherige rechtliche Bedeutung des Scheidungsgrundes Ehebruch nur als Ausgangspunkt der Entwicklung der heutigen Rechtslage dienen, diese aber nicht bereits vorwegnehmen.

2. Das objektive Tatbestandsglied

Da sich der Lebenssachverhalt nicht geändert hat, ist die Definition des Ehebruchs als Tathandlung- nicht als Scheidungstatbestand - naturgemäß gleichgeblieben: Ehebruch ist einverständlicher Geschlechtsverkehr zwischen einer verheirateten Person und einer Person des anderen Geschlechts während des Bestehens der Ehe (2). Entscheidende Kriterien sind das Willensmoment der Freiwilligkeit (3) sowie die Auslegung des Begriffs Geschlechtsverkehr: "it must be shown that there is some penetration" (4). Mehr ist nicht notwendig, weniger genügt nicht (5). Bei unveränderter Definition sind es die

(1) vgl. S.63 ff; Passingham, aaO, para.55, S.23 (im Jahre 1970!)

(2) Halsbury's Laws, vol. 12, S.235, 236

(3) Tolstoy, S.55

(4) Dennis v. Dennis (1955) 2 ALLER 55, (1955) P 153

(5) Davies, aaO, S. 324; vgl. Sapsford v. Sapsford (1954) 2 ALLER 373 - masturbation -

Beweisanforderungen, in denen sich der Wandel der sittlichen Vorstellungen und rechtlichen Wertungen widerspiegelt.

a) Das 'Stigma' des Ehebruchs

In einer Zeit, in der Ehebruch von der überwältigenden Mehrheit der Bevölkerung als "Sünde"⁽¹⁾, von den Ecclesiastical Courts immerhin als "Verbrechen"⁽²⁾ und den Common Law Courts noch als "criminal conversation"⁽³⁾ betrachtet bzw. behandelt wurde und die einzige Möglichkeit der Eheauflösung war, mußten an den Nachweis höhere Anforderungen gestellt werden, als in der heutigen Zeit, wo der Ehebruch nach dem Willen des Gesetzgebers nur noch eines der Beweismittel für eine zerrüttete Ehe ist. Die Frage ist nunmehr, ob das Scheidungsreformgesetz seinerseits in die Entwicklung eingegriffen und den Prozeß der Entkriminalisierung und Versachlichung des Ehebruchs zum Abschluß gebracht hat.

Die Entscheidung *Wachtel v. Wachtel* CA gibt auch darauf die grundlegende Antwort: nach Bezugnahmen auf das Recht unter dem Verschuldensprinzip stellte Lord Denning klar, daß das alles geändert worden sei. Das Parlament habe bestimmt: "If the marriage has broken down, let there be a divorce." Mit der Scheidung verbinde sich kein Stigma, sondern nur noch Sympathie. Sie sei ein Unglück, das beide Ehegatten befallen habe, und nicht mehr länger sei einer der Schuldige, der andere der Unschuldige⁽⁴⁾. Früher seien eine Scheidung schimpflich, die davon Betroffenen Ausgestoßene gewesen. Heute sei sie achtbar und ihre Anhänger seien überall akzeptiert⁽⁵⁾. "There is now little if any social

- (1) Diesen Begriff verwendet noch die kanadische Entscheidung, *Babineau v. Babineau* aus dem Jahre 1924:(1924) 4 DLR 952 CA
- (2) Lord Stowell in *Crewe v. Crewe* (1800) Hag.Ecc.131, 132; Lord Denning in *Nast v. Nast* und Walker (1972) Fam.142 (1972) 1 ALLER 1175; (1972) 2 WLR 901: "adultery was regarded as equivalent to a criminal offence"; vgl. Biggs, aaO. S.5; Jackson, aaO. S.148; Bromley, aaO. S.92, 93; Puxon, aaO. S.148; Müller-Freienfels, aaO. S.137
- (3) Rayden, aaO. S.6; Latey, aaO. S.59; vgl. oben S.
- (4) aaO. (1973) Fam.86; (1973) 1 ALLER 835; (1973) 2 WLR 366;
- (5) Lord Denning, Vorwort zu Latey, aaO. S.VII; ähnlich Lord Devlin, aaO. S.74

stigma attaching to divorce⁽¹⁾". Jedoch nicht alle Richter scheinen diese Meinung zu teilen: Lord Reid sprach im House of Lords - allerdings nicht in seiner Eigenschaft als Richter - vom Stigma der Scheidung schlechthin⁽²⁾ und Davies LJ. entschied in Collins v. Collins: "But even in these days there is a stigma in adultery: there is no doubt about that".⁽³⁾ Der Richter beschränkte dieses Werturteil allerdings ausdrücklich auf den Ehebruch und traf es in einem obiter dictum⁽⁴⁾. Trotzdem kann der Gegensatz der Auffassungen nicht übersehen werden, insbesondere, wenn man Lord Dennings dictum in Nast v. Nast and Walker zum Vergleich heranzieht, wo er erklärt: "Even society does not condemn adultery as it once did"⁽⁵⁾.

b) Entkriminalisierung der Beweisanforderungen

Auch wenn diese neue Einschätzung des Ehebruchs nicht ganz repräsentativ für die Richterschaft zu sein scheint, so ist sie doch autoritativ und die daraus abgeleiteten rechtlichen Folgerungen haben das Verfahren in Ehebruchsfällen entscheidend verändert. Als der Ehebruch noch "quasi-kriminell"⁽⁶⁾ war, galt in den Ecclesiastical Courts der Grundsatz, daß jeder Beteiligte das Zeugnis verweigern konnte, wenn er sich dabei selbst belasten würde. Dieses für das Strafrecht selbst-

(1) Mortimer, aaO. (973) 2 Fam.Law 191

(2) HL Hansard vol. 304, col. 1276, 13.10.1969

(3) (1972) 2 AllER 661 CA und vgl. Urteilsanmerkung in (1972) 2 Fam. Law 77; Ähnlich bereits Hollings J. in Huxford v. Huxford (1972) 1 AllER 333

(4) In Rogers v. Rogers (1974) 1 WLR 709 CA hielt Davies LJ. jedoch auch nach Erörterung von Wachtel v. Wachtel an seiner Bewertung des Ehebruchs als mit einem moralischen Stigma behaftet fest und dehnte diese sogar auf eheliches Fehlverhalten im Sinne von s.2(1)(b) DRA 1969 aus. Dem liegt die Auffassung zugrunde, daß, auch wenn die Scheidung selbst heute moralisch 'neutral' sei, Verhalten, das dazu führt, noch immer ein Unwerturteil verdiene und in der öffentlichen Meinung auch tatsächlich erhalte. Diese Bewertungsfragen sind von großer Bedeutung für die Festlegung der Scheidungsfolgenregelungen; siehe dazu S.307 ff.; vgl. Eekelaar, Effect of conduct in divorce proceedings, (1974) 90 LQR 292

(5) aaO. siehe S. 95 FN 2; die Richtigkeit dieser Auffassung fand neuerdings eindrucksvolle Bestätigung in der Entscheidung Blackwell v. Blackwell (1973) 123 NLJ 1968; siehe S.240

(6) Freeman, aaO. S.188; Passingham, aaO. para. 54, S. 23

verständliche Privileg wurde später in Gesetze übernommen⁽¹⁾, 1968 aber vom Gesetzgeber aufgegeben⁽²⁾: deutlicher Beweis und gesetzgeberische Sanktionierung für den inzwischen eingetretenen Wegfall des gesellschaftlichen Unwerturteils. Trotzdem bedurfte es zweier höchst- bzw. letztinstanzlicher Urteile, um die veränderten Umstände 'gerichtsnotorisch' zu machen⁽³⁾. Heute kann daher der Kläger den Beklagten direkt fragen, ob er Ehebruch begangen hat. Ist jener dazu bereit und ist der Vorgang glaubhaft, braucht er keine weiteren Zeugen, Nachforschungen von Privatdetektiven usw. mehr. Erhebliche Kosten werden gespart und viele peinliche Befragungen verhindert. Im Falle *Nast v. Nast and Walker* hätte bei anderer Entscheidung beispielsweise die Tochter als Zeugin des Ehebruchs gegen ihre Mutter vernommen werden müssen. Die veränderten Anschauungen über den Ehebruch schlagen damit auf das Verfahren durch⁽⁴⁾. Das liegt auf der Linie der Versachlichung des Scheidungsverfahrens, die 1966 mit der Einführung der Beweiserfordernisse des Zivilverfahrens in einem dictum des House of Lords dem Grundsatz nach begonnen hatte⁽⁵⁾. Bis dahin mußte die Tatsache des Ehebruchs wie im Strafverfahren über jeden berechtigten Zweifel erhaben sein⁽⁶⁾. Wenn die Frage der Unehelichkeit eines Kindes davon betroffen war, galten diese strengen Anforderungen noch bis zum Inkrafttreten des Family Law Reform Act 1969⁽⁷⁾, der seither "überwiegende Wahrscheinlichkeit"⁽⁸⁾

(1) Zuletzt s.43 (2) MCA 1965

(2) s. 16 (5) Civil Evidence Act 1968, inkraftgetreten am 26.10.1968

(3) *Skone v. Skone* (1971) 2 AllER 582; (1971) 1 WLR 812 HL
Nast v. Nast and Walker, aaO., CA

(4) vgl. nunmehr Practice Direction (1973) 3 AllER 180 FD

(5) *Blyth v. Blyth* (1966) AC 643; (1966) 1 AllER 524

(6) *Ginesi v. Ginesi* (1948) P 179; *Preston-Jones v. Preston-Jones* (1951) 1 AllER 124, (1951) AC 391

(7) s. 26, inkraftgetreten am 1.10.1970

(8) 'preponderance of probability': Tolstoy, S.52; Halsbury's Laws vol. 12 (Suppl. S. 29) para. 445 - häufig auch als 'balance of probabilities' bezeichnet: Passingham, para. 55, S.23; Puxon, aaO. S.134; Rayden, S. 182

für die Widerlegung der Ehehlichkeitsvermutung genügen läßt (1). Aber noch immer nahm der Ehebruch in der Rechtsprechung eine Sonderstellung ein: Während grundsätzlich die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügte, wurde beim Ehebruch wegen der Schwere der Beschuldigung eine besondere "Klarheit des Beweises" gefordert (2). Im Lichte der neuen Rechtsprechung (3) gesehen, dürfte jetzt jedoch auch für Ehebruch der zivilprozeßliche Standard der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen (4), zumal der Gesetzgeber dazu "Seitenwind" gegeben hat (5). Drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes wurde die Richtigkeit dieser Annahme durch das Urteil von Scarman L.J. in der Ehebruchsentscheidung Cleary v. Cleary and Hutton zum subjektiven Tatbestandsmerkmal von s.2 (1)(a) bekräftigt: "In my judgment the Divorce Reform Act 1969 does put upon the court the duty of satisfying itself upon a balance of probabilities that the petitioner is in fact telling the truth" (6).

c) Versachlichung des Verfahrens

Noch aus einem weiteren Grunde ist das heutige Scheidungsverfahren bei Ehebruch sachlicher geworden und damit zugleich der Wahrheitsfindung näher gekommen: ein Kläger, dessen Ehe wegen des Ehebruchs des Beklagten endgültig zerrüttet ist, diesen Ehebruch aber nicht oder nicht direkt nachweisen kann, braucht

(1) Tolstoy, aaO, S. 52 N. 25

(2) Blyth v. Blyth, aaO; siehe aber Bastable v. Bastable and Saunders (1968) 3 All ER 704, wo der Count of Appeal feststellte, die dicta des House of Lords im Fall Blyth seien zu weitgehend. Es sei zwar nicht der strafrechtliche Beweis notwendig, aber richtig sei "a degree of probability commensurate with the occasion". In der "occasion" des Ehebruchs würde also ein sehr hoher Maßstab angelegt werden.

(3) Nast v. Nast und Walker, aaO, Wachtel v. Wachtel, aaO,

(4) Passingham, aaO, paras. 9, 55, S. 5, 23; Levin, aaO. S. 634 FN 14 Bissett-Johnson, aaO, (1973) 3 Fam. Law 6, FN 17

(5) Mortlock, aaO. S. 46; Family Law Reform Act 1969 s.26; Civil Evidence Act 1968, Section 11, 12.

(6) (1974) 1 WLR 77, 78; (1974) 1 All ER 498

sich nicht mehr auf zweifelhafte Indiziengeweise zu verlassen, aus denen das Gericht das Vorliegen des Ehebruchs schließen soll. Nach der Rechtsprechung muß der Indizienbeweis über bloße Verdachts- und Gelegenheitsmomente hinaus glaubhaft machen, daß "nach der Natur der Dinge" Ehebruch begangen worden sein mußte⁽¹⁾. Wenn sich der Beweis nur aus den Umständen ergeben soll, wird das Gericht aber nur dann auf Ehebruch erkennen, wenn keine andere Deutung der Indizien im Bereich des Möglichen ist⁽²⁾.

Gleichfalls aus der Natur der Sache folgt, daß eine solche Beweisführung unsicher ist und deshalb häufig mit fragwürdigen Mitteln zu untermauern versucht wird. Darin lag einer der großen Mißstände des früheren Rechts, das so ausschließlich auf die Eheverfehlungen abgestellt und gerade dadurch die Zerrüttung erst endgültig gemacht hat, daß dieser eine Akt nun das ganze Unglück einer Ehe auf sich nehmen mußte, um zur notwendigen Auflösung des Bandes zu kommen. Beispielhaft für diese Situation ist der Fall Sapsford v. Sapsford⁽³⁾, in dem die Ehe nach einem längeren Verhältnis der Ehefrau mit einem Dritten seit langem zerrüttet war, aber nicht geschieden werden konnte, da die zahlreichen Beweise sexueller Vertraulichkeit⁽⁴⁾ nicht für Ehebruch ausreichten. "A marriage might have been smashed to pieces but if adultery was not technically proved the petition failed"⁽⁵⁾. Das Scheidungsreformgesetz hat hier einen Ausweg gebracht. Mit s.2(1)(b) hat der Gesetzgeber eine Vorschrift erlassen, die solche Fälle deckt: das Verhalten der Ehefrau in Sapsford v. Sapsford ist sicherlich "derart, daß es vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, mit dem Beklagten zusammenzuleben"⁽⁶⁾.

Bereits unter dem alten Recht konnten ein Verhalten des Beklagten, das den Kläger zu der Annahme veranlaßte, er habe Ehebruch begangen⁽⁷⁾ sowie ehewidrige Verhältnisse mit Partnern

(1) Tolstoy, S.56

(2) Beer v. Beer (1948) P 10; England v. England (1953) P 16
Christian v. Christian (1962) 106 Sol.J. 430

(3) (1954) 2 ALLER 373

(4) häufige gegenseitige Masturbationen

(5) Mortlock, aaO. S.47

(6) vgl. S.34 und den nachfolgenden Abschnitt S. 122 ff.

(7) Walker v. Walker (1962) P 42; (1964) 3 ALLER 14

vom anderen Geschlecht - mit oder ohne Ehebruch - Scheidungsgrund sein, dann nämlich, wenn dadurch eine Gesundheitsschädigung des Klägers herbeigeführt und der Tatbestand der ehelichen Grausamkeit - 'cruelty' - erfüllt worden war⁽¹⁾. Der Tatbestand der s.2(1)(b) spricht nicht mehr von 'cruelty', sondern nur noch von (unreasonable) "behaviour"⁽²⁾. Eine Gefahr der Schädigung der Gesundheit ist nicht mehr erforderlich⁽³⁾. Unter dieses tatbestandliche Minus fallen die bezeichneten Sachverhalte dann auf jeden Fall, ohne daß daher an dieser Stelle auf die Einzelheiten dieser Bestimmung eingegangen zu werden braucht. Ehebruch, aber auch alle anderen Intimkontakte können folglich ein Verhalten sein, das unter s.2(1)(b) fällt und zur Scheidung führt - vorausgesetzt, vom Kläger kann vernünftigerweise nicht erwartet werden, mit dem Beklagten zusammenzuleben. Mit anderen Worten, ein Verhalten, das 'weniger' ist als Ehebruch, etwa die bloße Verdächtigkeit, kann unter s.2(1)(b) zur Scheidung führen, während der Ehebruch an sich nach s.2(1)(a) für eine Scheidung nicht ausreicht. Bromley hat diese "Anomalie" aufgezeigt und deshalb die Anwendbarkeit von s.2(1)(b) auf diese Fälle abgelehnt⁽⁴⁾. Die Rechtsprechung ist dieser Meinung nicht gefolgt. Nach einer Entscheidung Lord Simon's, die bereits in diese Richtung wies⁽⁵⁾, stellte Ormrod J. in *Wachtel v. Wachtel*⁽⁶⁾ fest, da die Scheidung nur auf dem Nachweis der endgültigen Zerrüttung beruhe, sei es unnötig, das Gericht davon zu überzeugen, daß ein Verhältnis des Beklagten mit einem Dritten (co-respondent) tatsächlich zum Ehebruch führte, solange nachgewiesen wird, daß wegen dieses Verhältnisses selbst vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, mit dem Beklagten zusammenzuleben⁽⁷⁾. Auch ein

(1) s.1(1)(a)(iii) MCA 1965; vgl. Tolstoy, S.70; Puxon, aaO. S.169

(2) Rayden, S.203

(3) Bromley, aaO. S.210; Rayden, aaO. S.205

(4) aaO.

(5) Monk v. Monk (1971) Times 6.4.; (1971) 1 Fam.Law 107

(6) (1972) Times 1.8.; Halsbury's Laws, para. 437 A, K 2820

(7) vgl. Polak, Bericht über *Wachtel v. Wachtel*, (1972) 2 Fam.Law 136; Bissett-Johnson, aaO. S.7

'weniger' als Ehebruch berechtigt unter diesen Voraussetzungen zur Scheidung ⁽¹⁾. Wie die Voraussetzungen von s.2(1)(b) im einzelnen aussehen, wird in Abschnitt II im Zusammenhang behandelt ⁽²⁾. An dieser Stelle genügt die Feststellung, daß der Ehebruchstatbestand durch diese neue Rechtslage einen Großteil seines früheren "Zündstoffes" verloren hat: ein weiterer Schritt zur Versachlichung des Scheidungsverfahrens im Gefolge des Reformgesetzes.

d) Einverständliche Ehebruchsscheidung

Um die Rechtswirklichkeit nicht aus dem Auge zu verlieren, soll an dieser Stelle erneut darauf hingewiesen werden, daß nur weniger als 3 % der Scheidungen strätig sind ⁽³⁾, und daher die Behauptung Mortlocks gerechtfertigt erscheint, daß das Problem nur "akademisch" sei. "Normalerweise" werde der Ehebruch durch Zusammenwirken der beiden Betroffenen mit einer Auskunftei bewiesen ⁽⁴⁾. Als Beispiel für den "normalen" Sachverhalt eines Scheidungsverfahrens "wegen" Ehebruchs sei der Fall Thomas v. Thomas ⁽⁵⁾ zitiert, in dem die Ehefrau in einem unstreitigen Verfahren die Scheidung nach s.1, s.2 (1)(a) DRA begehrt hatte. Dem lag eine Vereinbarung zugrunde, wonach sich beide Parteien verpflichteten, die Scheidung anzustreben, und der beklagte Ehemann die Beweismittel für den Ehebruch beschaffen sollte. Letzteres tat dieser auch in der üblichen Form eines Eingeständnisses der Tat gegenüber dem Agenten einer Auskunftei. Dem County Court Richter hatte das "nach Kollusion gerochen" ⁽⁶⁾ und er hatte die Klage abgewiesen.

- (1) So auch Rayden, aaO, S.207; Das Gericht wird selbstverständlich nur scheiden, wenn außer dem Ehebruch die sonstigen Voraussetzungen der s.2(1)(b) gegeben sind.
- (2) S.122 ff.
- (3) S.72 FN 2
- (4) Rayden aaO, S.176; Mortlock, aaO, S.47; vgl. Harvey (1953) 16 MLR 131, 132; ebenso Lord Simon, aaO, S.3234; Morris, aaO, S. 158; Kritisch hierzu: Puxon, S.149, 150; Law Commission, Cmd.3123, para.26, S.15
- (5) (1973) 117 Sol.J. 88 CA; vgl. (1972) 122 NLJ 1165
- (6) per Davies LJ.aaO.

Der Court of Appeal gab der Berufung der Ehefrau statt: Da unter dem neuen Recht die Kollusion nicht mehr mißbilligt werde, seien die Parteien in der Lage, ihre Angelegenheiten "auf zivilisierte Weise" zu regeln, vorausgesetzt, nichts werde verheimlicht und das Gericht nicht getäuscht. Da das außer Frage stand, hätte der erstinstanzliche Richter die Vereinbarung lediglich anzuerkennen brauchen. Mit dieser Entscheidung hat die Praxis des einverständlichen Zusammenwirkens der scheidungswilligen Parteien hinsichtlich des Grundes selbst und nicht nur bei Folgenvereinbarungen - also die 'offene' Konventionalscheidung - letztinstanzliche Anerkennung gefunden ⁽¹⁾.

e) Zusammenfassung

Abschließend kann festgehalten werden, daß die Reformbewegung der 60er Jahre und als deren Ergebnis das Scheidungsreformgesetz die Voraussetzungen geschaffen haben, die geänderte Einschätzung des Ehebruchs in der öffentlichen Meinung auch im Scheidungsverfahren zur Auswirkung kommen zu lassen. Aus der Natur der Sache folgend ist die Definition des Ehebruchs gleichgeblieben. Der Begriffsinhalt hat sich jedoch von der pönalisierten Verfehlung auf die einfache Beweistatsache reduziert.

3. Das subjektive Tatbestandsglied

a) Der Zweck des subjektiven Tatbestands

Die deutlichste Änderung des Tatbestandes des "fact" gegenüber dem des früheren Scheidungsgrundes ist dabei noch nicht

(1) Die weiteren Implikationen dieser Entscheidung, die zu s.7 DRA erging, sind an dieser Stelle ohne Belang.

berücksichtigt worden: die Zweigliedrigkeit des Tatbestandes mit dem zusätzlichen Merkmal: "und (daß) der Kläger es unerträglich findet, mit dem Beklagten zusammenzuleben." Der Gesetzgeber will damit sicherstellen, daß der Ehebruch sich nicht trotz s.1 des Reformgesetzes de facto als absoluter Scheidungsgrund erweist und Ehen wegen "adultery pure and simple" geschieden werden ⁽¹⁾. In diesem Zusatz ist eine Doppel-Absicherung des Zerrüttungsprinzips zu sehen ⁽²⁾, dergestalt nämlich, daß die Zerrüttung damit notwendig bereits bei jeder Tatbestandsuntersuchung vom Kläger vorgetragen und vom Richter überprüft werden muß, ohne daß es eines Gegenvorbringens des Beklagten nach s.2(3), s.1 bedarf. Letzteres ist zusätzlich möglich ⁽³⁾. Littler ist darin zuzustimmen, daß das subjektive Tatbestandsmerkmal an sich überflüssig ist und dazu führt, s.1 des Gesetzes obsolet zu machen ⁽⁴⁾. Er übersieht dabei allerdings, daß s.1 in der Praxis nur die Funktion einer Korrekturkautele in den Fällen hat, in denen der Beklagte widerspricht. In 97 % der Scheidungen ist das nicht der Fall. Der Grundsatz der s.1 kann dann nur die Anwendung des "fact" programmatisch beeinflussen ⁽⁵⁾. §.2(1)(a) ohne subjektives Merkmal böte dafür keinen Ansatzpunkt. Dieses ist daher die Einlaßstelle für die Anwendung des Zerrüttungsprinzips in der Praxis der Ehebruchsscheidungen, um die es Littler erklärtermaßen geht.

Der Gesetzgeber hat sich damit der allgemeinen Auffassung angeschlossen, daß Eheverfehlungen eher Symptome als Ursachen einer Ehezerüttung sind ⁽⁶⁾ und daß ein vereinzelter

(1) Passingham, aaO. para.16 S.8

(2) vgl. Littler, aaO, (1973) 123 NLJ 1096

(3) Ash v. Ash (1972) 1 ALLER 582; (1972) 2 WLR 347 (1972) Fam.135

(4) aaO.

(5) vgl. S.85 ff.: Die Gestaltungskraft des Zerrüttungsgrundsatzes

(6) vgl. S.67 ff.: Ursachen der Zerrüttung - Kausalität

Ehebruch nicht einmal ein solches Symptom zu sein braucht⁽¹⁾. Zweck der Bestimmung ist daher nicht, den bisher so einfach nachzuweisenden absoluten Scheidungsgrund "bewußt zu erschweren"⁽²⁾, sondern von der Verfehlung zur Zerrüttung als objektiver Grundlage der Scheidung zu kommen. Es soll nicht verhindert werden, daß ein vereinzelter Ehebruch schon zur Auflösung der Ehe führen kann⁽³⁾ - das ist nach wie vor möglich⁽⁴⁾ - sondern ein Kläger, der fähig wäre, zu vergeben und zu vergessen⁽⁵⁾, soll davor bewahrt werden, auf Scheidung zu klagen, obwohl die Ehe noch Aussicht auf Fortbestand hat⁽⁶⁾.

Mit dieser Fähigkeit und Bereitschaft des Klägers steht und fällt der Sinn der Vorschrift. Je abweisender und verschlossener der Kläger, je ehefeindlicher seine Haltung ist, desto eher wird die Ehe geschieden werden müssen.

b) Subjektiver Beurteilungsmaßstab

Aus dem Wortlaut und insbesondere aus der Gegenüberstellung mit s.2(1)(b) - "daß vom Kläger das Zusammenleben vernünftigerweise nicht erwartet werden kann"⁽⁷⁾, ergibt sich

- (1) vgl. Law Commission, Cmd. 3123, para. 52, S.26; Bromley, aaO. S.209; Bissett-Johnson, aaO. S.6; Passingham, Law and Practice in Matrimonial Causes, S.21; ders., The Divorce Reform Act 1969, para. 16, S. 7, 8; Ormrod J. in Wachtel v. Wachtel (1972) Times 1.8.
- (2) so Farnborough, aaO. S.311; Seidl, aaO. S.26
- (3) so Farnborough, aaO.; Seidl, aaO.; vgl. Puxon, aaO.S.132
- (4) Anderson v. Anderson (1973) 117 Sol. J. 33; vgl. Puxon, aaO. S.133
- (5) Law Commission, No. 15, App. III S.31
- (6) Passingham, aaO. paras. 16-17, S.8
- (7) siehe S. 34, 99 sowie S.138 ff

eindeutig, daß die 'Unerträglichkeit' subjektiv vorliegen muß⁽¹⁾. Der Richter soll nicht entscheiden, ob der Kläger vergeben und vergessen sollte, sondern lediglich feststellen, ob jener dazu bereit ist⁽²⁾.

Die deutsche Übersetzung des englischen Begriffes 'intolerable' mit "unzumutbar"⁽³⁾ ist deshalb unzutreffend, weil sie den Gedanken der objektiven Unzumutbarkeit impliziert. Die Anwendung unterschiedlicher Maßstäbe, eines subjektiven Maßstabs in s.2(1)(a) und eines - zumindest grundsätzlich - objektiven Maßstabs in s.2(1)(b)⁽⁴⁾ wird von Littler als "nonsense" bezeichnet⁽⁵⁾. In der Tat ist von der Rechtsnatur der beiden 'facts' als Indikatoren der Zerrüttung her gesehen keine Unterscheidung gerechtfertigt.

Mit dem subjektiven Erfordernis trägt der Gesetzgeber jedoch der besonderen Stellung des Ehebruchs unter den Eheverfehlungen in der heutigen Zeit Rechnung. Während grundsätzlich - jedenfalls in der Theorie - Eheverfehlungen von der Rechtsordnung, d.h. objektiv, mißbilligte Verhaltensweisen sind, wird diese Mißbilligung heute von den Rechtsgenossen beim Ehebruch nicht mehr geteilt⁽⁶⁾. Verfehlungscharakter kommt diesem allenfalls im Verhältnis zu dem betroffenen Ehegatten und auch nur dann zu, wenn dieser sich in seiner Rechtssphäre verletzt fühlt.

(1) Rayden, S.175; Puxon, aaO.; Bromley, aaO.; Goodrich v. Goodrich (1971) 2 ALLER 1340; Tolstoy, S.54; Passingham, aaO. para. 17, S.8; ders., Law and Practice in Matrimonial Causes, S.21; Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant, aaO. 1 ALLER 590; Ash v. Ash, aaO.; Bagnall J.

(2) Law Commission, aaO.

(3) Seidl, aaO. S.26; Wolf/Lüke, aaO. S.96, 97

(4) siehe dazu im einzelnen S.139 ff.

(5) aaO. (1973) 123 NLJ 1096

(6) vgl. S.95 f

Der subjektive Maßstab entspricht diesem veränderten Unrechtsgehalt des Ehebruchs gegenüber den anderen Verfehlungstatbeständen des Reformgesetzes bzw. dem Ehedelikt des Ehebruchs im alten Recht.

Sollte der Grundsatz der Subjektivität aber, wie teilweise angenommen wird, uneingeschränkt gelten⁽¹⁾, würde statt eines objektiven Zerrüttungstatbestandes eine willkürliche Zerrüttungsbehauptung zum Scheidungsgrund. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, d.h.es steht im Widerspruch zu s.2(1), nämlich daß der Kläger dem Gericht ein 'fact' glaubhaft machen muß, sowie s.2(2), wonach das Gericht die behaupteten Tatsachen unterstellen und auf einer 'balance of probabilities' entscheiden muß. Wie kann das Gericht diesen Auftrag erfüllen, wenn es, wie Bromley unterstellt⁽²⁾, gänzlich irrelevant ist, ob das Verhalten des Klägers "völlig unvernünftig" ist? Wie kann der Kläger seinerseits dann das Gericht "überzeugen"⁽³⁾? Die bloße Behauptung kann deshalb für die Glaubhaftmachung nicht ausreichend sein: die Wahrheit seiner Behauptung hat der Kläger vielmehr durch entsprechende Begründung, Erläuterung oder Rechtfertigung unter Beweis zu stellen⁽⁴⁾. In der bereits erwähnten Entscheidung Cleary v. Cleary hat der Court of Appeal diese Auffassung "per curiam" vertreten⁽⁵⁾.

(1) Lord Simon, Riddell Lecture, aaO. S.3227, 3234; Passingham, aaO.;Bromley, aaO. S.209

(2) aaO.

(3) vgl. Polak, The Divorce Reform Act 1969, (1972) 2 Fam. Law 166

(4) Rayden, aaO. S.175

(5) aaO., siehe S.98 und FN 6, S.115 ff

c) Die Unerträglichkeit des Zusammenlebens
- Das Problem der Kausalität -

Welche Begründung kann der Kläger geben? Muß es der Ehebruch sein, der ihn das weitere Zusammenleben mit dem Ehegatten unerträglich finden läßt oder genügen andere Ärgernisse, wenn einmal der Ehebruch erwiesen ist? Die Frage der kausalen Verbindung der beiden Tatbestandsglieder in s.2(1)(a) ist eines der in Schrifttum und Praxis am häufigsten erörterten Probleme des Scheidungsreformgesetzes, für das nach zwei gegensätzlichen Entscheidungen der Family Division der klärende Spruch des Court of Appeal erforderlich wurde⁽¹⁾. Auch nachdem diese Entscheidung nunmehr vorliegt, muß auf den Meinungsstreit hier insoweit eingegangen werden, als sich daraus wichtige Konsequenzen für das Zerrüttungsprinzip und das Verhältnis von s.1 des Gesetzes zu s.2(1) ergeben. Solange das House of Lords nicht in letzter Instanz Stellung genommen hat, hat außerdem jede der Theorien noch immer Aussicht, als verbindliche Auslegung von s.2(1)(a) anerkannt zu werden.

aa) Independenz-Theorie

Die überwiegende Meinung im Schrifttum unter Führung von Rayden⁽²⁾ und gerichtlich bestätigt in Goodrich v. Goodrich⁽³⁾ vertritt die 'Independenz-Theorie'⁽⁴⁾, wonach die beiden Tat-

- (1) Da in den meisten Fällen angenommen werden kann, daß beide Parteien die Scheidung wollen, sind Berufungen selten: Jackson, *Adultery and Ambiguity*, (1972) 122 NLJ 113; Freeman, *Adultery and Intolerability*, (1972) 35 MLR 103;
- (2) aaO.; Tolstoy, aaO.; Passingham, aaO.; Puxon, aaO. S.132; Lord Simon, aaO. und wohl auch Levin, aaO. S.634, 635; Neuerdings Jackson, aaO.
- (3) (1971) 2 ALLER 1340
- (4) Terminus des Verfassers. Das mehr der Praxis zugewandte englische Schrifttum vermeidet Abstraktionen.

aufschlußreichen Fall fand ein Partnertausch zwischen zwei Ehepaaren mit je drei Kindern statt, die in einem Reihenhauses Tür an Tür lebten. Eine der Ehefrauen klagte nun gegen ihren Mann auf Scheidung, gestützt auf s.2(1)(a). Der Ehemann gab den Ehebruch zu und erhob Widerklage, ebenfalls gestützt auf s.2(1)(a). Nach den Feststellungen des Gerichts ergaben sich gewisse Unterschiede in der Motivation der Partner beim 'wife-swapping': Die Ehefrau hatte verschiedentlich mit dem Nachbarn die Ehe gebrochen und beide wollten schließlich zusammenwohnen. Der Ehemann willigte nach einiger Zeit ein, ließ den Liebhaber seiner Frau einziehen und zog selbst ins Nachbarhaus. Er nahm dort für 18 Monate die Pflichten und gelegentlich die Rechte des Ehemannes und Vaters wahr in der Hoffnung, daß seine Frau vom Nachbarn bald genug haben werde. Diese Erwartungen trugen, und als der Ehemann dann nicht mehr weiter mit der Nachbarin zusammenleben wollte, klagte seine Frau auf Scheidung.

Faulks J. wies die Klage der Frau ab mit der Begründung, sie finde es nicht unerträglich, mit ihrem Mann zu leben, sondern sie habe lediglich einen anderen Mann gefunden, der ihr attraktiver erscheine. Die Widerklage hatte Erfolg.

Wäre Faulks J. der Auffassung von Lloyd-Jones J. in *Goodrich v. Goodrich* gefolgt⁽¹⁾, hätte er der Klage möglicherweise stattgeben müssen, obwohl dann Zweifel an der Echtheit der Unerträglichkeitsbehauptung der Frau denkbar gewesen wären, die gleichfalls zur Klageabweisung hätten führen können. Dieses Ergebnis war ihm offensichtlich ebenso unerwünscht wie seinerseits Lloyd-Jones ein Mißerfolg des zunächst versöhnungswilligen Ehemannes.

Zur Begründung seiner Auslegung verwies Faulks J. auf den "common sense" und das Ergebnis einer *reductio ad absurdum*, wonach die Gegenmeinung die Begründung gelten lassen müsse: "sie findet es unerträglich mit ihm zu leben, da er sich öfter schneuzt als ihr gefällt"⁽²⁾.

{1} siehe S.107, 108 sowie S. 111

{2} aaO. S.670 bzw. S.1317; Ebenso argumentiert Littler, aaO., der die Entscheidung Roper für das geringere Übel hält.

cc) Wertung nach Maßgabe des Zerrüttungsprinzips

Daß eine solche Behauptung den Beweisanforderungen des Gesetzes in s.2(2) nicht genügen würde, ist zu offensichtlich, als daß dieses Argument unesehen hingenommen werden könnte⁽¹⁾. Beide Entscheidungen haben denn auch zur dogmatischen Klärung der Streitfrage nichts beigetragen. Im Schrifttum geben auch Vertreter der Nexus-Theorie zu, daß der Wortlaut des Gesetzes das 'und' in s.2(1)(a) eher "disjunktiv" sein lasse⁽²⁾. Umgekehrt läßt ein Vergleich mit der Aussöhnungsvorschrift s.3(3) auch bei Anhängern der Independenz-Theorie Zweifel aufkommen⁽³⁾, da diese Vorschrift einen Zusammenhang zwischen dem Ehebruch des Beklagten und der Unerträglichkeitsempfindung des Klägers voraussetzt⁽⁴⁾.

Nach den klassischen Auslegungsregeln der 'Literal' und der 'Golden Rule' halten sich die Argumente wohl die Waage⁽⁵⁾.

Für die hier interessierende Frage nach der Verwirklichung des Zerrüttungsprinzips im englischen Scheidungsrecht kommt es auf das Ergebnis der Theorien für die Scheidungswirklichkeit an. Dazu erscheint es sinnvoll, näher auf die Begründung der beiden theoretisch eher unergiebigen Entscheidungen einzugehen:

In *Roper v. Roper and Porter* war die Ehe seit langem endgültig zerrüttet und es kam nur noch darauf an, wer die Klage einreichen würde. Der Richter wollte diese Tatsache

- (1) Faulks J. selbst hatte ja der Klägerin ihre ungleich besser begründete Behauptung nicht geglaubt; siehe zum Beweisstandard S. 96 ff
- (2) Bromley, aaO. S.209; Freeman, aaO.
- (3) Tolstoy, aaO. FN 35
- (4) Bromley, aaO., S.214 FN 3; vgl. Littler, aaO.; Inhalt von s.3(3): S. 39 ; vgl. S. 288 ff.
- (5) vgl. S. 56

nicht einfach nur zur Kenntnis nehmen und die Ehe scheiden. - Urteile für Kläger und Widerkläger sind möglich und seit langem in Übung⁽¹⁾ - Er wollte seinem Mißfallen über das Verhalten der Frau Ausdruck verleihen, ihr die 'Schuld' an der Zerrüttung geben.

Durchaus ähnliche, nur wegen der anderen Sachlage zu einem anderen Ergebnis führende, Gedankengänge gaben bei Goodrich v. Goodrich den Ausschlag: Der Ehemann hatte sich "bis zum letzten Moment" vergeblich um eine Aussöhnung bemüht. Wäre der Richter der Nexus-Theorie gefolgt, hätte argumentiert werden können, der Ehemann habe den Ehebruch ja verziehen! Dann hätte das Zusammenleben 'infolgedessen' nicht mehr als unerträglich angesehen werden können. Lloyd-Jones J. wollte nun erklärtermaßen⁽²⁾ dem schwierigen Rechtsproblem ausweichen, einen verziehenen Ehebruch unerträglich finden zu lassen, nachdem das Gesetz doch den Scheidungshinderungsgrund der Verzeihung ausdrücklich abgeschafft hat⁽³⁾. Außerdem konnte gegen Ende des langwierigen Verfahrens schließlich mit Recht festgestellt werden, daß die Ehe endgültig zerrüttet war. Wiederum war es die Frau, die an der Zerrüttung schuld war, und ihre Klage war unbegründet. Die Sympathie des Gerichts gehörte dem Ehemann, der sich von Anfang bis Ende als sehr guter Ehemann gezeigt habe⁽⁴⁾. Der Ehemann sollte daher die gewünschte Scheidung bekommen, was nach dem Gesetz nur so zu begründen war, daß es mit Lloyd-Jones J. und der Independenztheorie für zulässig gehalten wurde, daß andere Gründe - wie die Geschichte der Ehe und das Verhalten der Frau vor Gericht - zur Unerträglichkeit des Zusammenlebens geführt haben können.

(1) vgl. Putting Asunder, para.43.S.30; Wachtel v.Wachtel(1972) Times, 1.8. ; siehe oben, S. 20

(2) aaO. S. 1343

(3) s.9(2) Sched.2; vgl. Bromley,aaO.

(4) aaO, S.1341

Beide Entscheidungen spiegeln richterliches Streben nach Einzelfallgerechtigkeit wider und lassen sich nicht ohne weiteres generalisieren. Aus der Sicht des Zerrüttungsgedankens verdient die Entscheidung in Goodrich und die ihr zugrundeliegende Independenz-Theorie den Vorzug. Sie ermöglicht es eher, Ehen zu scheiden, die objektiv keine Aussicht auf Fortbestand haben, auch wenn der Ehebruch selbst vielleicht garnicht so zerstörend gewirkt hat. Bei der Nexus-Theorie können allzuleicht Wertungen im Sinne des Schuldprinzips Eingang in die Entscheidung finden, denn, wenn zur Begründung der Unerträglichkeit nur der Ehebruch angeführt werden darf, muß dieser notwendigerweise zu einem "grave moral offence"⁽¹⁾ wenn nicht gar wieder zu einem "Quasi-Verbrechen" hochstilisiert werden⁽²⁾. Dabei mag der betreffende Ehebruch vielleicht nur das letzte Glied in einer langen Kette von ehelichen Schwierigkeiten gewesen sein⁽³⁾. Die Independenz-Theorie hat den weiteren Vorteil, daß Versuche, nach einem Ehebruch die endgültige Zerrüttung abzuwenden, dadurch ermutigt werden, daß sie nicht Gefahr laufen, als Beweis für die Erträglichkeit des Ehebruchs Verwendung zu finden. Die Ermutigung der Aussöhnung ist gerade eines der erklärten Ziele des Gesetzes⁽⁴⁾.

Schließlich ist die Independenz-Theorie vom dogmatischen Standpunkt aus vorzuziehen: das Scheidungsreformgesetz verlangt in s.2(1) nicht den Nachweis, daß ein "fact" die endgültige Zerrüttung der Ehe verursacht hat⁽⁵⁾. Beim Vorhandensein eines "fact" vermutet das Gesetz das Vorliegen derselben.

- {1} Lord Denning in *Nast v. Nast and Walker*, aaO.
- {2} Das Bestreben der Gerichte, den Ehebruch als bloßes Faktum, ohne moralische Implikationen zu behandeln, unterstreicht die Entscheidung des Court of Appeal in *Blackwell v. Blackwell* (1973) 123 NLJ 1068; siehe S. 240
- {3} Rayden, aaO.
- {4} siehe S. 37 ff. und S.253 ff.
- {5} vgl. S.67 ff.; *Anderson v. Anderson* (1973) 117 Sol. J. 33

Folgt man der Nexus-Theorie, muß auf der Tatbestandsebene ein Maß an Gewißheit erreicht werden, das de-facto^o zu einem Kausalitätsnachweis des Ehebruchs für die endgültige Zerrüttung führen würde. Dieser ist im Gesetz nicht vorgesehen und würde die Anwendbarkeit von ss.1,2(3) noch mehr einschränken, als das auch bei der Independenz-Theorie schon der Fall ist. Richtig kann daher auch nach der Systematik des Gesetzes nur sein, daß der Ehebruch des Beklagten zusammen mit der vom Kläger substantiiert behaupteten Unerträglichkeit des Zusammenlebens aus i r g e n d e i n e m Grunde die gesetzliche Vermutung erfüllen⁽¹⁾. Da der Test subjektiver Natur ist, dürfte es dem Richter in den meisten Fällen keine Schwierigkeiten bereiten, den Beweis anzuerkennen⁽²⁾. Will der Beklagte behaupten, die Ehe sei nicht endgültig zerrüttet, hat er das nach ss.2(2),(3) zu tun, worauf das Gericht in die positive Untersuchung zu s.1 eintritt⁽³⁾.

dd) Unerträglichkeit aufgrund eigenen Verhaltens

Inhalt der Independenz-Theorie ist, wie ausgeführt wurde, daß jeder verifizierbare Grund ausreichend ist. Das Zerrüttungsprinzip wertet nicht Gründe, sondern stellt auf das Ergebnis ab: eine endgültig zerrüttete Ehe, aus welchem Grunde das auch immer geschehen sein mag, ist zu scheiden. Logische Konsequenz ist, daß grundsätzlich auch eigenes Verhalten des Klägers als Grund zulässig sein muß, ihn das Zusammenleben unerträglich finden zu lassen, z.B. der eigene Ehebruch des Klägers oder die Tatsache, daß der Kläger den Beklagten zum Ehebruch verleitet hat⁽⁴⁾. Diese Folgerung wird dadurch unterstützt, daß das Gesetz die früheren Schranken der eigenen Eheverfehlung des Klägers,

(1) vgl. Jackson, aaO. S.1114

(2) Puxon aaO. S. 132

(3) vgl. S. 79 ff

(4) Barton, aaO. S.349; Rayden, aaO. unter Bezugnahme auf Lord Simon, aaO. S.3227, 3234

des "conduct conducing" und der "connivance" aufgehoben hat⁽¹⁾. Als Grund dafür, daß er das Zusammenleben mit dem Beklagten unerträglich findet, muß der Kläger die den alten Scheidungshinderungsgründen zugrunde liegenden Sachverhalte schadlos selbst vortragen bzw. diesbezügliches Verteidigungsvorbringen des Beklagten zurückweisen können. Bei der Urteilsfindung des Richters könnten die Gründe dann allerdings wieder zur Geltung gelangen, bei der Frage nämlich, ob der Kläger bei seinem eigenen Verhalten das des Beklagten überhaupt unerträglich finden kann⁽²⁾. Zur Entscheidung dieser Frage wird der Richter einen Mittelkurs zwischen zwei Extremen steuern müssen: Auf der einen Seite besteht die Gefahr der moralischen Wertung des Klägerverhaltens und der stillschweigenden Wiedereinführung der Hinderungsgründe nach Maßgabe des Schuldprinzips, auf der anderen die der Umgehung des objektiven Zerrüttungsprinzips durch die Anerkennung subjektiver Willkür⁽³⁾, die die Rechtspflege in Mißkredit bringt. Wenn die Ehe nicht objektiv zerrüttet ist, darf es dem Kläger nicht erlaubt sein, aus seinem eigenen Fehlverhalten Nutzen zu ziehen. Der Richter wird daher auf der "balance of probabilities" allenfalls zu dem Ergebnis kommen können, daß das Verhalten beider Ehegatten zur Unerträglichkeit des Zusammenlebens für den Kläger geführt hat. Im Schrifttum ist allerdings befürchtet worden, die alten Schranken könnten in neuer Form wieder aufleben⁽⁴⁾ oder die Gerichte könnten, sofern sie nach der Independenz-Theorie entscheiden, trotzdem auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgreifen, wie den Satz 'volenti non fit iniuria', um zu verhindern, daß die Klage auf eigenes Fehlverhalten gestützt wird⁽⁵⁾.

(1) siehe oben S.12

(2) vgl. Puxon,aaO. S.133

(3) vgl. S.106

(4) Puxon,aaO.

(5) Bromley,aaO, S.210

d) Der Ehebruchstatbestand nach Cleary v. Cleary

aa) Anwendung der Independenz-Theorie

Die Frage, ob und in welchem Umfang sich die Gerichte für die Independenz- oder Nexus-Theorie entscheiden werden, ist seit dem Inkrafttreten des Reformgesetzes fast drei Jahre lang offen geblieben. In *Cleary v. Cleary and Hutton*⁽¹⁾ ist der Court of Appeal dann ausdrücklich der Entscheidung in *Goodrich v. Goodrich*⁽²⁾ und der Auffassung in *Rayden*⁽³⁾ gefolgt und hat die Nexus-Theorie in *Roper v. Roper and Porter*⁽⁴⁾ abgelehnt: Im Kontext von s.1 und den anderen Abschnitten von s.2 gelesen ergibt sich für s.2(1)(a) sowohl aufgrund systematischer Analyse⁽⁵⁾ als auch aufgrund teleologischer Auslegung⁽⁶⁾ nunmehr die Folgerung, daß der Begriff des 'fact' nicht zwingend eine einzige Tathandlung und daher eine Verbindung der beiden Tatbestandsmerkmale verlangt, sondern daß mehrere Ereignisse eine 'faktische Situation' schaffen können, - den Zustand oder die Situation der zerrütteten Ehe - aufgrund deren allein die Scheidung ausgesprochen werden kann. Die bloße Tatsache, daß Ehebruch begangen wurde, reicht für den Beweis der endgültigen Zerrüttung nicht aus, der Kläger muß außerdem ernstlich das Leben mit dem Beklagten unerträglich finden. Diese Zerrüttungssituation kann und wird häufig auch dann vorhanden sein, wenn der Kläger aus anderen Gründen als dem Ehebruch das Zusammenleben unerträglich findet, und deshalb ist die Ehe auch dann zu scheiden.

(1) (1974) 1 WLR 73 CA; (1974) 1 ALLER 498 CA

(2) siehe S.107 FN 3; (1971) 1 WLR 1142

(3) *Rayden*, aaO. S.175

(4) siehe S.108 FN 4

(5) per Stamp LJ. auf S. 77 aaO.

(6) per Scarman LJ. auf S. 78, aaO.

Der Sachverhalt, der von Lord Denning MR. gewürdigt wurde, entsprach in vieler Hinsicht dem im Falle Goodrich. Die Ehefrau war ein ehebrecherisches Verhältnis eingegangen und hatte den Mann für einige Wochen verlassen. Der Ehemann hatte den Ehebruch der Frau verziehen und das Zusammenleben wieder aufgenommen. Das war die eine Tatsache. Die andere war, daß die Ehefrau die eheliche Wohnung dann nach etwa sechs Wochen mit den Kindern verlassen hatte und zu ihrer Mutter gezogen war. Damit und durch ihr Benehmen während des erneuten Zusammenlebens hatte sie sich nach Ansicht des Mannes derart verhalten, daß das Zusammenleben für ihn unerträglich geworden war. Aufgrund dieser Tatsachen war es offensichtlich, daß die Ehe endgültig zerrüttet war⁽¹⁾. Für sich allein waren die Tatsachen nicht ausreichend; mit Hilfe der Independenz-Theorie konnten sie jedoch zusammengekommen den Tatbestand erfüllen und zur Scheidungsklage führen, die von der Ehesituation her geboten war. Die Nexus-Theorie hätte nur die erste Tatsache berücksichtigen können und daher die Scheidung verweigern müssen, obwohl die Zerrüttung außer Zweifel stand.

Die Entscheidung des Court of Appeal zeigt deutlich, daß die Independenz-Theorie die Erreichung der beiden Hauptziele des Scheidungsreformgesetzes gewährleistet und deshalb letztendlich den Vorzug fand. Der betroffene Ehegatte kann das Zusammenleben fortsetzen oder wiederaufnehmen, ohne dadurch das Scheidungsrecht zu verlieren, wenn die Aussöhnung wegen des weiteren Verhaltens des anderen fehlschlägt⁽²⁾. Im letzten Fall ist dann gewährleistet, daß dem Zerrüttungsprinzip

- (1) Lord Denning, aaO, S.76; Scarman LJ, S.79: "If there is stronger evidence of an irretrievable breakdown I have yet to find it."
- (2) Wie im Falle Goodrich v. Goodrich wäre bei Anwendung der Nexus-Theorie die Frage zu prüfen gewesen, ob der Ehebruch tatsächlich verziehen war. In Cleary v. Cleary war die Frau nur fünf oder 6 Wochen zu ihrem Ehemann zurückgekehrt und hatte in dieser kurzen Zeit das tatbestandliche Verhalten gezeigt, das zum Scheidungsausspruch führte. Ob man von Verzeihung sprechen kann, hängt davon ab, ob man die Aussöhnung als einen einmaligen Vorgang oder als Prozeß auffaßt, der mit der Aufnahme der zurückgekehrten Frau erst begonnen hatte. Siehe dazu S.267ff.

entsprochen und die leere Rechtsform der Ehe beseitigt werden kann.

bb) Grenzen der Independenz-Theorie

Die Entscheidung Cleary v. Cleary hat außerdem auch die Grenzen des Anwendungsbereichs der Independenz-Theorie aufgezeigt. Lord Denning nahm die seltene Gelegenheit einer Ehebruchsache vor dem Court of Appeal wahr, um in einem obiter dictum zu dem Problem Stellung zu nehmen, ob auch der eigene Ehebruch des Klägers diesen das Zusammenleben mit dem Beklagten unerträglich finden lassen kann⁽¹⁾.

Der Richter sollte in solchen Fällen die bloße Behauptung des Klägers, z. B. des Ehemannes, daß er es unerträglich findet, nicht anerkennen: "He should inquire what conduct on the part of the wife has made it intolerable. It may be her previous adultery. It may be something else. But whatever it is, the judge must be satisfied that the husband finds it intolerable to live with her"⁽²⁾.

Der eigene Ehebruch des Klägers wird also die Scheidung nicht herbeiführen können. Er wird sie jedoch auch nicht verhindern, vorausgesetzt, daß auf Seiten des Beklagten ein Verhalten nachgewiesen wird, das die Unerträglichkeit verursacht hat. Die Beweisanforderungen sind wie sonst⁽³⁾, doch wird man annehmen können, daß die Gerichte in diesen Fällen besonders sorgfältig vorgehen werden. Das obiter dictum Lord Dennings widerspricht damit der Auffassung Lord Simons und Raydens⁽⁴⁾, welche der Master of the Rolls auch ausdrücklich ablehnt⁽⁵⁾. Der Zerrüttungsgrundsatz muß hier

(1) siehe S.113 f

(2) Lord Denning MR,aaO. S. 76

(3) siehe S.96 ff, 112, 113

(4) siehe S. 113

(5) aaO.

eine Einschränkung zugunsten übergeordneter Rechtsprinzipien hinnehmen. In Anbetracht der Stellung des Gerichts und des Ansehens des Richters dürfte diese Frage damit trotz fehlender Bindungswirkung des 'obiter' Festgestellten für die Praxis entschieden sein.

4. Zusammenfassung

Mit einer gewissen Einschränkung für die zuletzt angesprochenen Ausnahmefälle, in denen die Unerträglichkeit des Zusammenlebens auf e i g e n e m Verhalten des Klägers beruht, hat die Entscheidung Cleary v. Cleary den Zerrüttungsgedanken als das leitende Prinzip für die Auslegung des Gesetzes bestätigt. Steht die endgültige Zerrüttung der Ehe einmal fest, dann werden die Gerichte die Beseitigung der leeren Rechtsform nicht durch restriktive Auslegung des Zerrüttungstatbestandes zu verhindern suchen. Das zusätzliche subjektive Merkmal, das den heutigen Ehebruchstatbestand vom früheren unterscheidet⁽¹⁾, wird nur die Scheidbarkeit schlechthin, nicht aber die Scheidung wegen endgültiger Zerrüttung erschweren.

S.2(1)(a) läßt sich nach der heutigen Rechtslage zusammenfassend folgendermaßen beschreiben: Das Vorliegen des Ehebruchs wird wie bei anderen Eheverfehlungen nach dem zivilrechtlichen Beweisstandard ermittelt. - Gelingt der Nachweis des Faktums nicht, steht für außereheliche Intimbeziehungen, die ein 'Minus' an Ehebruch darstellen, die Klageerhebung aufgrund von s.2(1)(b) offen, sofern die sonstigen Voraussetzungen dieses Tatbestandes gegeben sind. - Über das bloße Faktum hinaus muß der Kläger den Nachweis erbringen, daß er das Zusammenleben mit dem Beklagten unerträglich findet. Zu dessen Begründung kann er den Ehebruch, aber auch jedwedes

(1) siehe dazu Scarman LJ., aaO. S. 79

andere Fehlverhalten des Beklagten glaubhaft machen. Diese heutige Konzeption des Ehebruchstatbestandes liegt auf einer Linie mit Lord Dennings Satz in *Wachtel v. Wachtel*: "If the marriage has broken down, let there be a divorce"⁽¹⁾ und ist damit Ausdruck der Gestaltungskraft des Zerrüttungsgrundsatzes in s.1 des Gesetzes.

Andererseits muß aber betont werden, daß die heutige Rechtslage auch nach *Cleary v. Cleary* nicht endgültig zu sein braucht. Entscheidungen des Court of Appeal binden nur diesen selbst und die unteren Gerichte. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es möglich, daß das House of Lords letztinstanzlich die Frage des Zusammenhangs der beiden Tatbestandsmerkmale in s.2(1)(a)DRA 1969 klären muß. Rechtstatsächliche Voraussetzung ist der sehr unwahrscheinliche Fall, daß der beklagte Ehegatte auch in dritter Instanz der Scheidung widerspricht, obwohl sein Ehebruch wie auch die Tatsache, daß der Kläger das Zusammenleben unerträglich findet, erwiesen sind und die Ehe endgültig zerrüttet ist. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß der Fall nur dann zum House of Lords gelangen kann, wenn sich der Vertreter des öffentlichen Interesses - der Queen's Proctor⁽²⁾ - der Sache annimmt.

Die rechtlichen Voraussetzungen für die Anrufung 'der Lords' sind seit der Entscheidung *Carr v. Carr* gegeben⁽³⁾. In dieser zweiten Ehebruchsscheidung, die seit der Scheidungsrechtsreform vor den Court of Appeal kam, erklärte das Gericht in anderer Besetzung ausdrücklich, daß in Anbetracht der Bedeutung der Rechtsfrage eine verbindliche Auslegung notwendig sei und die Frage daher dem House of Lords vorgelegt werden sollte⁽⁴⁾.

{1} siehe oben S.95

{2} Zur Funktion des Queen's Proctor siehe S. 235 ff

{3} (1974) 1 ALLER 1193 CA

{4} Davis LJ,aaO. S. 1198

Das Bedürfnis nach endgültiger Klärung war entstanden, weil der Court of Appeal diesmal mit dem erstinstanzlichen Richter der Nexus-Theorie folgen wollte, sich aber wegen der 'Stare Decisis'-Doktrin⁽¹⁾ "gezwungen" (constrained) sah, Cleary v. Cleary zu folgen⁽²⁾. Die Richter kritisierten jene Entscheidung in drei Punkten:

- Das Urteil stütze sich nur auf das Vorbringen einer Seite⁽³⁾,
- insbesondere habe es das Gericht versäumt, in Anbetracht der Bedeutung der Rechtsfrage den Vertreter des öffentlichen Interesses um seine Stellungnahme zu ersuchen⁽⁴⁾.
- Der entscheidende Fehler wurde drittens darin gesehen, daß das Gericht die Auslegung von s.2(1)(a) nicht so vorgenommen habe, wie das s.3(3)(b) des Gesetzes gebiete⁽⁵⁾. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung müsse die Unerträglichkeit des Zusammenlebens auf dem Ehebruch beruhen: "the wording of s.3(3) is directly treating the adultery as being the 'fons et origo' perhaps of the intolerability!"⁽⁶⁾.

Diese Auffassung des Gerichts bedeutet nicht weniger, als daß nach seiner Ansicht der eindeutig erklärte Wille des Gesetzgebers der Auslegung des Ehebruchstatbestandes im Sinne der Independenz-Theorie entgegensteht, und steht damit in klarem Widerspruch zur Rechtsauffassung in Cleary v. Cleary.⁽⁷⁾

(1) vgl. Blumenwitz, aaO. S. 22

(2) Davies LJ, aaO.; Stephenson LJ, aaO. S.1199; (doubted but followed)

(3) In der Tat war im Fall Cleary wie auch im Fall Carr nur die Seite des Klägers bzw. Berufungsklägers vertreten. Die Scheidungsklage war von der Ehefrau erhoben und auf s.2(1)(b) gestützt, dann aber fallengelassen worden. Das Verfahren ging dann aufgrund der Klageerwiderung des Ehegatten weiter. Die Widerklage wurde im unstreitigen Verfahren vom County Court Richter abgewiesen; erst die Berufung zum Court of Appeal war erfolgreich; siehe Cleary v. Cleary, aaO.S.74, 75.

(4) vgl. S.235 ff (Queen's Proctor)

(5) siehe zu dieser Vorschrift oben S. 39 sowie ausführlich Tolstoy, aaO. S. 54 FN 35; vgl. auch S.288 ff.

(6) Davies LJ, aaO., S. 1199

(7) vgl. dazu ausführlich Bekelaar, Intolerable adultery, (1974) 90 LQR 292

Die Unüberbrückbarkeit der Auffassungen wird verdeutlicht durch die außergewöhnliche Tatsache, daß die Richter in Carr v. Carr erwogen haben, der Vorentscheidung die Bindungswirkung abzuerkennen, da sie unter Nichtbeachtung gesetzlicher Vorschriften 'per incuriam' zustande gekommen sei⁽¹⁾. Die Vermutung erscheint gerechtfertigt, daß vor allem die Autorität Lord Dennings und des Lord Justice Scarman, des früheren Vorsitzenden der Law Commission, insbesondere auf dem Gebiet der Scheidungsreform, die Richter in Carr v. Carr davon abgehalten hat, bewußt gegen das Präjudiz zu entscheiden: "But I cannot assume that judges so familiar with divorce reform overlooked s.3(3), so as to enable us to treat their decision as given per incuriam and, again on a unilateral argument, to interpret the subsection differently"⁽²⁾.

Die Unterschiedlichkeit der Auffassungen und ihrer Konsequenzen für die Praxis der Zerrüttungsscheidung ist bereits erörtert worden. Es wäre zu begrüßen, wenn das House of Lords den Streit zugunsten der Independenz-Theorie entscheiden würde⁽³⁾. Bis dahin ist diese ohnehin die einzige bindende Auslegung des Court of Appeal.

- (1) Stephenson, aaO. S.1199; zu diesem Terminus siehe Allen, aaO. S.246
- (2) Stephenson, aaO.
- (3) Ebenso Eekelaar, aaO. S.293, der zu dem Ergebnis kommt, daß die in Cleary v. Cleary vertretene Auffassung von Geist und Zweck des Gesetzes her gesehen den Vorzug verdient.

II. Eheliches Fehlverhalten - 'unreasonable' behaviour ⁽¹⁾

1. Der Begriff des Verhaltens (behaviour)

Im Gegensatz zu s.2(1)(a), wo das objektive Tatbestandsglied Ehebruch ein klar umrissenes, definitionsfähiges Tatsachenmerkmal darstellt, hat der Gesetzgeber mit 'behaviour' in s.2(1)(b) einen Begriff eingeführt, unter dem grundsätzlich jedes Verhalten des Beklagten zu verstehen ist, welches das Urteil nach sich zieht, daß vom Kläger das Zusammenleben ⁽²⁾ mit dem Beklagten 'vernünftigerweise nicht erwartet werden kann'. Jede Art von Verhalten ⁽³⁾ des Beklagten, aktiv oder passiv, gegenüber dem Kläger oder Dritten, ob ein gravierender Einzelakt oder eine Serie von Bagetellfällen, ist somit einschlägig ⁽⁴⁾. Mit anderen Worten: der Gesetzgeber hat keine begriffsimmanente Definition des Fehlverhaltens gegeben, wie das durch die Wahl der Begriffe Ehebruch oder 'böswillige Verlassung' der Fall ist oder bei 'cruelty' der Fall war. Die Kurzbezeichnung 'unreasonable behaviour', die sich im Schrifttum eingebürgert hat, ist falsch ⁽⁵⁾, da sie das tatbestandsmäßige Verhalten auf ein unvernünftiges reduziert ⁽⁶⁾. Völlig irreführend ist daher die deutsche Übersetzung mit "unerträgliches Fehlverhalten" ⁽⁷⁾, die eine zweifache Einschränkung des Begriffs impliziert.

(1) s.2(1)(b) DRA 1969; Wortlaut siehe S. 34

(2) Zusammenleben bedeutet 'miteinander in demselben Haushalt leben': s.2(5) DRA 1969

(3) Der hergebrachte und übliche Begriff für Fehlverhalten, etwa im Sinne einer Eheverfehlung, ist 'conduct'.

(4) Rayden, S.203

(5) Baker P. in Katz v. Katz (1972) 3 ALLER 223

(6) Rayden, aaO.; Puxon, aaO. S.156; Ormrod J. hat in Wachtel v. Wachtel, (1972) Times 1.8., gleichfalls auf die Folgen der üblichen Fehlbezeichnung hingewiesen.

(7) Seidl, aaO. S.27

Tatsächlich ist es jedoch durchaus denkbar, daß ein Verhalten allgemein als annehmbar gilt, während es das im Verhältnis zum Kläger nicht ist⁽¹⁾. Entscheidend ist somit nicht die Handlung - Tun oder Unterlassen - sondern deren Wirkung auf den Kläger⁽²⁾.

Dieser Begriffsinhalt steht im Einklang mit der Entwicklung, die die Scheidungsgründe seit der Einführung der gerichtlichen Ehescheidung im vorigen Jahrhundert genommen haben⁽³⁾: vom absoluten Scheidungsgrund, der eine Scheidung 'automatisch' herbeiführt, sofern Klage erhoben wird, zum relativen Grund, bei dem individuelle Gesichtspunkte der jeweiligen Ehe hinzutreten⁽⁴⁾. Diese Entwicklung beruht auf der wachsenden Erkenntnis, daß die Interaktion der Ehepartner, das Zusammenwirken ihrer Persönlichkeiten, die Qualität des Fehlverhaltens eher bestimmen sollten, als vermeintlich objektive gesellschaftliche oder korrelierende rechtliche Kriterien⁽⁵⁾. Obwohl man üblicherweise bei ehelichem Fehlverhalten ebenso wie bei Ehebruch von einem 'Tun' spricht, ist es eigentlich die Wirkung auf den anderen Ehegatten, die rechtlich an sich irrelevantes Verhalten zum Gegenstand der richterlichen Wertung im Scheidungsverfahren macht.

(1) Rayden, aaO.: Carew-Hunt v. Carew-Hunt (1972) Times 28.6. per Ormrod J.

(2) Katz v. Katz, aaO.

(3) vgl. S.6 ff, 19 ff

(4) vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S.335; Müller-Freienfels, aaO. S.139 ff.

(5) vgl. Biggs, aaO. S.20; vgl. Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant (1972) Fam. 202; (1972) 1 ALLER 587; (1972) 2 WLR 353

2. Wertungsmaßstab

Welche Maßstäbe stehen dem Richter bei der Fällung seines "Werturteils"⁽¹⁾ über das Verhalten des Beklagten und seine Wirkung auf den Kläger zur Verfügung?

a) Die bisherigen Feststellungen legen die Vermutung nahe, daß ein subjektiver Maßstab anzuwenden ist⁽²⁾. Wenn es nicht das Verhalten ist, sondern nur die Wirkung desselben auf den Kläger, dann muß dieser das Verhalten als so unvernünftig empfinden, daß er ein weiteres Zusammenleben für unmöglich hält. Der Richter würde das zur Kenntnis zu nehmen haben.

Aus verschiedenen Gründen kann dieses Ergebnis nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen:

Die Folge eines subjektiven Maßstabes wäre, daß angesichts des äußerst weiten Begriffsumfanges des 'behaviour'⁽³⁾ praktisch jedes Verhalten, das der Kläger nicht ertragen will, zur Scheidung führen müßte⁽⁴⁾. Es gäbe dann einen absoluten Scheidungsgrund des subjektiven Empfindens. Der Gesetzgeber knüpft den Scheidungsanspruch aber nach s.1 an die endgültige Zerrüttung der Ehe, ein objektives Kriterium. Der Tatbestand der s.2(1)(b) soll ein Unterfall dieser Zerrüttung sein. Daher muß a fortiori geschlossen werden, daß der Beurteilungsmaßstab - daß das Zusammenleben vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann - ein objektiver sein muß.

b) Der Vergleich des Tatbestands mit s.2(1)(a) bestätigt das, da dort für das subjektive Merkmal eine andere Formulierung gewählt worden ist⁽⁵⁾. Hätte der Gesetzgeber

(1) Trotz des objektiven Zerrüttungsprinzips ist das noch immer die Aufgabe des Gerichts: Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant, aaO. Zum Wertungsproblem bei s.2(1)(b) ausführlich: Bandali, Mental Abnormality and "Unreasonable Conduct", (1973) 123 NLJ 484.

(2) So Tolstoy, S.63, S.68 FN 40

(3) Stone, aaO. S.378: "This new ground.... is undoubtedly very wide in scope"; Rayden, S.203

(4) vgl. Freeman, aaO. S.192

(5) siehe oben S.102 ff.; vgl. Littler, aaO.

einen subjektiven Maßstab einführen wollen, wäre es nahe-
liegend gewesen, denselben Wortlaut zu wählen.

Die Einfügung des Adverbs 'vernünftigerweise' weist eben-
falls in die Richtung eines objektiven Maßstabs⁽¹⁾. Es
qualifiziert das Wort 'erwartet' und nicht 'Verhalten'⁽²⁾.
Mit Rayden ist daher 'vernünftigerweise erwartet werden'
"prima facie" als objektives Kriterium zu werten⁽³⁾.

Diese Formulierung Raydens deutet jedoch bereits an, daß
andererseits ein rein objektiver Maßstab ebenso wenig dem
Zweck des Gesetzes dient, die leere Rechtsform endgültig
zerrütteter Ehen zu zerstören. Ein objektiver Maßstab müßte
ein 'vernünftiges Durchschnittsehepaar' nach Vorstellung
des Gerichts zum Entstehen bringen, an dessen vorgestellter
Reaktion die konkrete Ehe zu messen wäre⁽⁴⁾.

Nicht die Zerrüttung der Ehe würde im Ergebnis festgestellt,
sondern ein Abweichen vom Standard der Normalehe. Dieses
könnte nur ermittelt werden, indem das Verhalten des Beklag-
ten einer Wertung unterzogen wird, da es auf dessen Wirkung
auf d i e s e n Kläger nicht ankommt. Vom Gericht würde so-
mit verlangt, einen Katalog von Fehlverhaltensweisen aufzu-
stellen, unter den das Beklagtenverhalten subsumiert werden
kann, Vorstellungen, die bereits im alten Recht von den Ge-
richten entschieden zurückgewiesen worden sind⁽⁵⁾. Entspräche

(1) Freeman, aaO.; Bromley, aaO. S.210; Ash v. Ash, aaO.;
Levin, aaO. (1970) 33 MLR 636.

(2) Carew-Hunt v. Carew-Hunt (1972) Times 28.6., Ormrod J.

(3) Rayden, S.203; vgl. Ash v. Ash, aaO.

(4) Freeman, aaO. S.192; vgl. Law Commission No. 15, S.31;
"average reasonable husband or wife"; Waters, Divorce
Reform Act 1969 - I, (1970) 114 Sol.J. 727: "the 'Common
Man' no longer on the Clapham Omnibus but now holidaying
on the Costa Brava." Vgl. auch neuerdings Dunn J. in
Livingstone-Stallard v. Livingstone-Stallard (1974) 3 WLR
302: "a right-thinking person".

(5) Bereits im alten Recht hatten sich die Gerichte beharrlich
geweigert, 'cruelty' zu definieren oder bestimmte Verhaltens-
weisen zu kategorisieren, da jeder Fall von der jeweiligen
Sachlage abhängt und jede Schematisierung unmöglich und
unerwünscht sei; Rayden, S.206; Passingham, aaO. para. 23
S.10.

das Verhalten dem Katalog, dann wäre der Tatbestand erfüllt und die Scheidung müßte ausgesprochen werden: aus der "Generalklausel"⁽¹⁾ der s.2(1)(b) würde eine Vielzahl von der Rechtsprechung entwickelter, absoluter Scheidungsgründe.

Die Zielsetzung des Scheidungsreformgesetzes würde auf diese Weise unterlaufen, das Zerrüttungsprinzip letztlich durch Verfehlungstatbestände als absolute Gründe und nicht lediglich typisierte Zerrüttungssituationen außer Kraft gesetzt⁽²⁾.

c) Aus den aufgezeigten Gründen kann nur die Auslegung dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, die eine Objektivität der Wertung nur insoweit anerkennt, als darunter verstanden wird, daß das Gericht und nicht der Kläger entscheidet, ob die Wirkung des Beklagtenverhaltens so ist, daß von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, mit dem Beklagten zusammenzuleben⁽³⁾. Maßgebend ist also der 'Klägerhorizont', da es den sogenannten vernünftigen Durchschnittsmenschen im Scheidungsverfahren nicht gibt⁽⁴⁾.

Bei der Untersuchung der Frage, ob die klägerische Reaktion auf das Verhalten des Beklagten vernünftig ist, wird das Gericht im Rahmen seiner Untersuchungspflicht nach s.2(2) die gesamte Geschichte der Ehe und die Persönlichkeit d i e s e s Klägers und d i e s e s Beklagten in Abwägung bringen⁽⁵⁾. Gegenstand der Prüfung ist die Wirkung des Beklagtenverhaltens auf den Kläger bzw. die berechtigte Besorgnis derselben⁽⁶⁾.

(1) Stone, aaO. S.376

(2) vgl. S. 88 ff

(3) Monk v. Monk (1971) Times 6.4., Freeman, aaO.; Puxon, aaO. S. 134; Waters, The Divorce Reform Act 69 in Retrospect, (1972) 116 Sol.J.326

(4) Waters, aaO.

(5) Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant, aaO.; Baker P. in Katz v. Katz, aaO.; Bagnall J. in Ash v. Ash, aaO. in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung in Cruelty Cases: Lauder v. Lauder (1949) P 308; Lissak v. Lissak (1951) P.1; Jamieson v. Jamieson (1952) AC 525; Gollins v. Gollins (1964) AC 693

(6) Rayden, aaO.

Die Antithese 'subjektiver oder objektiver Maßstab' ist irreführend: in Ehesachen sind zwei Menschen Gegenstand des Verfahrens, mehr noch: zwei Menschen, deren Persönlichkeiten im Verlauf ihrer Beziehungen zueinander ständig in einem Interaktionsverhältnis gestanden sind⁽¹⁾. Die Rechtsprechung entscheidet daher undogmatisch nach der Sachlage im Einzelfall⁽²⁾. Der Beurteilungsmaßstab ist dabei ein gemischt objektiv/subjektiver: objektiv in Bezug auf 'vernünftigerweise', subjektiv, indem auf die individuelle Situation des Ehegatten abgestellt wird⁽³⁾.

3. Die Generalklausel ehelichen Fehlverhaltens

Unter welchen Voraussetzungen wird das Gericht zu der Entscheidung kommen, daß das Verhalten des Beklagten die tatbestandsmäßige Wirkung auf den Kläger hat? Erst auf dieser Stufe stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit von Beurteilungskriterien für das Verhalten, an denen sich die Gerichte orientieren und die zur Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs 'behaviour' aus Gründen der Praktikabilität sowie der Rechtssicherheit unumgänglich sind. Der Gesetzgeber hat die Aufgabe der Konkretisierung in der für die englische Gesetzgebung typischen Weise weitgehend der Rechtsprechung überlassen⁽⁴⁾.

(1) Ormrod, J. aaO.

(2) Das veranschaulicht u.a. die Entscheidung von Dunn J. in *Livingstone-Stallard v. Livingstone-Stallard*, aaO.

(3) *Ash v. Ash*, aaO. ausdrücklich bestätigt von Rees J. in *Richards v. Richards* (1972) 3 AllER 695; *Katz v. Katz*, aaO.

(4) vgl. S. 52 ff

a) Konkretisierung aus der Systematik des Gesetzes

Zunächst ergeben sich eine Reihe von Abgrenzungs- und Bestimmungskriterien aus der Systematik des Gesetzes:

aa) Eheliche Grausamkeit (cruelty)

Aus der Tatsache, daß der bisherige Scheidungsgrund des ehelichen Fehlverhaltens in Form der 'cruelty' ausdrücklich aufgehoben wurde⁽¹⁾ und 'behaviour' der Oberbegriff ist, muß gefolgert werden, daß der Gesetzgeber das neue 'fact' an dessen Stelle setzen wollte⁽²⁾. Damit wird auch klar, daß 'cruelty' im bisherigen Verständnis nicht mehr oder nicht ausschließlich gelten soll, sonst wäre der bisherige Begriff beibehalten worden⁽³⁾.

Bis zum Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes war 'cruelty' Scheidungsgrund in der Gestalt, die diese Rechtsfigur des Ecclesiastical Law durch die Rechtsprechung gewonnen hatte⁽⁴⁾: vorsätzliches, ungerechtfertigtes Fehlverhalten von solcher Schwere, eine Gefahr für Leib, Leben oder Gesundheit - körperlich oder seelisch - zu verursachen oder Anlaß zu begründeter Besorgnis einer solchen zu geben⁽⁵⁾. Diese Gefahr - üblicherweise wird die Kurzformel 'injury to health' verwendet⁽⁶⁾ - braucht bei einem Verhalten nicht zu bestehen, das lediglich dadurch qualifiziert wird, daß vom Kläger das Zusammenleben 'vernünftigerweise' nicht erwartet

(1) s.9(2) Sched. 2 DRA 1969; s.1(a) MCA 1965

(2) vgl. Puxon, aaO. S.133

(3) Tolstoy, S.64

(4) vgl. die Grundsatzentscheidungen des House of Lords in Russell v. Russell (1897) AC 395
Gollins v. Gollins (1964) aaO. und Williams v. Williams (1964) aaO.: siehe oben S. 21 FN 3

(5) Tolstoy, S.65

(6) Unter dem Begriff 'Gefahr' (danger) wird die konkrete Gefährdung durch eine Verletzung oder durch Gesundheitsschaden verstanden. Vgl. Rayden, S.205; Passingham, aaO. para. 21, S.9

werden kann. Es besteht daher Einigkeit darüber, daß 'injury to health' kein Tatbestandsmerkmal der s.2(1)(b) ist⁽¹⁾. Die Minderheitsmeinung im House of Lords in Russell v. Russell⁽²⁾ ist damit heute nach fast 75 Jahren Recht geworden.

Was von 'cruelty' übrigbleibt, ist ernstes und schwerwiegendes⁽³⁾ Fehlverhalten des Beklagten. Fehlverhalten deshalb, weil von diesem Kläger aus seiner Sicht, aber objektiv vernünftigerweise, nicht erwartet werden kann, mit diesem Beklagten zusammenzuleben. Ein derartig charakterisiertes Fehlverhalten schließt alle denkbaren Eheverfehlungen und somit alle früheren Scheidungsgründe ein, sofern sie nur 'grave and weighty' sind: Ehebruch, böswillige Verlassung, widernatürliche Unzucht, Notzucht, Geisteskrankheit - und alles, was bisher unter 'cruelty' fiel⁽⁴⁾.

bb) Ehebruch und eheliches Fehlverhalten

Ehebruch gibt ein Recht auf Scheidung dann, wenn der Kläger ihn für ein Zusammenleben unerträglich findet. Mit anderen Worten: der Ehebruch ist auch heute noch ein ehewidriges Verhalten besonderer Art, eine Zerrüttungssituation 'par excellence'⁽⁵⁾. Section 2(1)(a) ist aber keine Lex specialis: wenn der Kläger behauptet, der Beklagte habe sich mit dem Ehebruch dergestalt verhalten, daß nach der gemischt subjektiv/objektiven Wertung vom Kläger nicht erwartet werden kann, mit dem Beklagten zusammenzuleben, kommt nach überwiegender Meinung im Schrifttum s.2(1)(b) auch bei Ehebruch zur Anwendung⁽⁶⁾. Barton vertritt demgegenüber die Auffassung, die Generalklausel müsse eng ausgelegt werden, da andernfalls die Beschränkungen, denen das Recht auf Scheidung durch die

(1) Halsbury's Laws, para. 437 A3; Law Commission No.15, S.31, Ziff. 3; Rayden, aaO.; Tolstoy, S.65; Passingham, aaO. para. 21, S.9; Puxon, aaO. S.133; Levin, aaO. S.635; Bromley, aaO. S.210.

(2) (1897) AC 395

(3) 'grave and weighty conduct': seit der Entscheidung Kelly v. Kelly, (1870) 2 P&D 31, ausschließlich übliche Qualifizierung des ehelichen Fehlverhaltens.

(4) Halsbury's Laws, aaO.; Passingham, aaO. paras. 21, 22, S. 9,10; Levin, aaO.; vgl. Barton, aaO. (1970) LQR 353

(5) vgl. S.93 f.; vgl. Law Commission No.15, aaO. Ziff. 3

(6) Rayden, S.207; Tolstoy, S.54; Levin, aaO.; vgl. oben S.99 f.

übrigen Vorschriften von s.2(1) unterliegt, überflüssig würden⁽¹⁾. Diese von der Rechtsprechung bisher nicht entschiedene Frage ist von Bedeutung für Ehebruchsklagen nach Ablauf der Aussöhnungsfrist nach s.3(3) DRA 1969.⁽²⁾

cc) 'Fiktive' Verlassung

Der Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung ist als Spezialregelung beibehalten worden: s.2(1)(c). Dafür sprechen sachliche Gründe, wie die Notwendigkeit einer bestimmten Zeitdauer der Verfehlung - also des Getrenntlebens -, eine Voraussetzung, die ansonsten bei Fehlverhalten naturgemäß nicht Platz greifen kann. Die Anwendung der s.2(1)(b) auf Fälle der böswilligen Verlassung - nach dem weit gefaßten Wortlaut der Bestimmung möglich -, würde die Sonderregelung obsolet machen: s.2(1)(c) muß daher als Lex specialis verstanden werden⁽³⁾. Der Tatbestand der 'desertion' wird daher der Systematik des Gesetzes folgend getrennt untersucht werden⁽⁴⁾.

aaa)

Nicht immer muß derjenige, der die Ehwohnung verläßt, auch tatsächlich der 'Böswillige' sein. Die Rechtsprechung hatte der Tatsache, daß es unbeachtlich sein muß, wer die Ehwohnung verläßt, da der verbleibende Teil den anderen durch entsprechendes Verhalten zum Verlassen veranlaßt haben kann, durch die Entwicklung der Rechtsfigur der 'constructive desertion' Rechnung getragen⁽⁵⁾. Das ist außer der Tatsache

(1) Barton, aaO, S. 352; ebenso Freeman, aaO. S. 189

(2) Einzelheiten dazu siehe S.288 ff.

(3) vgl. Barton, aaO. S. 353; Morgan v. Morgan (1973) Times 23.2.; (1973) 117 Sol. J. 223

(4) S.155 ff.

(5) Tolstoy, S. 72; Rayden, S. 218; Davies, aaO. S. 327, 328

des Getrenntlebens ernstes und schwerwiegendes⁽¹⁾ Fehlverhalten mit der Absicht⁽²⁾, das 'consortium vitae' für immer zu beenden, und das zu ertragen von einem vernünftigen Ehegatten unter den Umständen und Verhältnissen dieser Ehegatten nicht erwartet werden kann⁽³⁾. Die von der Rechtsordnung mißbilligte Folge ist dieselbe bei 'desertion' und 'constructive desertion': das schuldhaft verursachte Auseinanderbrechen der ehelichen Lebensgemeinschaft⁽⁴⁾.

Es ist offensichtlich, daß ein derartiges 'vertreibendes Verhalten'⁽⁵⁾ als solches vom 'behaviour' der s.2(1)(b) mitumfaßt wird. Der Kläger, dem durch das Verhalten des Beklagten der Verbleib in der ehelichen Wohnung unmöglich gemacht wurde, darf nicht schlechter gestellt werden als derjenige, in dessen Ehe das bloße Zusammenleben - aus welchen Gründen auch immer - tatsächlich noch möglich ist. Eine Schlechterstellung wäre es deshalb, weil s.2(1)(c) zwei Jahre des Getrenntlebens verlangt.

Eine Frist ist notwendig beim 'Dauerdelikt' der 'desertion', da der Unrechtsgehalt der Tat im ungerechtfertigten Getrenntleben besteht und ein Urteil darüber nicht schon nach kurzer oder gar vorübergehender Abwesenheit von der Ehewohnung gefällt werden kann.

- (1) "grave and weighty": Pike v. Pike (1954) P 81 CA
- (2) Seit der Entscheidung Lang v. Lang (1955) AC 402 genügt zum Nachweis dieser Absicht die Inferenz aus dem Verhalten. Vgl. Passingham, aaO. para. 28, S. 13; Rayden, S. 244, 243; Tolstoy, S. 73
- (3) Hall v. Hall (1962) 1 WLR 1256 CA; Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant, aaO.
- (4) vgl. Tolstoy, S. 77
- (5) "expulsive conduct": Definition aus Boyd v. Boyd (1938) 4 ALLER 18

Der Unrechtsgehalt bei der 'fiktiven' Verlassung liegt dagegen im 'vertreibenden' Verhalten des Beklagten, das die Verlassung durch den Kläger rechtfertigt. Das Bestehen auf einer Fristverstreichung nach Eintritt der Zerrüttung wäre daher sachlich und rechtlich unrichtig.

bbb)

Überwiegend wird im Schrifttum die Meinung vertreten, daß die Fälle der 'fiktiven' Verlassung von s.2(1)(b) erfaßt werden⁽¹⁾. Der Kläger kann deshalb das 'vertreibende' Verhalten des Beklagten direkt unter dieser Bestimmung geltend machen, ungeachtet der Spezialregelung der böswilligen Verlassung in s.2(1)(c)⁽²⁾.

Die Mindermeinung geht von der Tatsache aus, daß der Gesetzgeber nach wie vor 'desertion' als eigenen Tatbestand in das Gesetz aufgenommen hat, und schließt daraus, daß das Konzept dieser Rechtsfigur in der bisherigen Gestalt, also einschließlich der 'constructive' desertion weitergelten und nicht durch s.2(1)(b) ersetzt werden sollte⁽³⁾. Die Law Commission hat in ihrem Gesetzesvorschlag die 'fiktive' Verlassung nicht eigens erwähnt, was den Schluß nahelegt,

- (1) Rayden, S. 218; Passingham, aaO. para 37, S. 16; Tolstoy, S. 63; Puxon, aaO. S. 136; Freeman, aaO. S. 193; Bromley, aaO; Halsbury's Laws, para. 437 A 4
- (2) Brown, aaO. (1970) 120 NLJ 341, 342 will 'constructive desertion' ausschließlich unter s.2(1)(b) fallen lassen.
- (3) Stone, aaO. S. 378; Aber dieselbe, aaO. S. 377: "Die Gerichte werden vermutlich zu entscheiden haben, inwieweit dieser allgemeine Grund die ... Doktrin der fiktiven Verlassung ersetzt". Seidl geht implizit gleichfalls von der Fortgeltung der bisherigen Konzeption der böswilligen Verlassung ausschließlich im Rahmen der s.2(1)(c) aus, bemerkt aber dann, aaO. S. 27 ff., S. 30: "Das 'indirekte Verlassen' wird oft gleichzeitig als unerträgliches Fehlverhalten zu würdigen sein;" vgl. zur Problemstellung Barton, aaO. S. 352, 353, der diese Frage als äußerst schwierig bezeichnet und selbst wohl der Mindermeinung zuneigt.

daß sie als Variante der böswilligen Verlassung unter s.2(1)(c) weiterhin Geltung haben und nicht von s.2(1)(b) erfaßt werden sollte⁽¹⁾.

Nach der bisherigen Rechtsprechung war Verhalten, das den Tatbestand der 'cruelty' nur deshalb nicht erfüllte, weil es an der 'injury to health' fehlte, als ausreichend angesehen worden, dem Kläger ein Recht auf Scheidung aufgrund von 'constructive desertion' zu geben⁽²⁾. Daraus folgt im Umkehrschluß, daß nach Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes diese Fälle unter s.2(1)(b) zu subsumieren sind, da dort das Merkmal der Gesundheitsbeschädigung nunmehr weggefallen ist⁽³⁾.

Die evidente Übereinstimmung der Voraussetzungen der Tatbestände der s.2(1)(b) und der 'fiktiven' Verlassung ist bereits aufgezeigt worden⁽⁴⁾. Beide verlangen 'ernstes und schwerwiegendes' Fehlverhalten. An der völligen Identität fehlt es aber aus zwei Gründen: erstens, weil bei letzterem Tatbestand noch zusätzlich die Absicht nachgewiesen oder inferiert werden muß, die eheliche Lebensgemeinschaft zerstören zu wollen, und zweitens, weil das Zusammenleben auch tatsächlich aufgehört haben muß.

ccc)

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß der Tatbestand des 'unreasonable behaviour' den Tatbestand der 'fiktiven' Verlassung nicht ersetzt. Als rechtliches Minus ist der Tatbestand der s.2(1)(b) jedoch einfacher zu erfüllen. Das ausschlaggebende tatsächliche Merkmal des

(1) Law Commission, No. 15, aaO.

(2) Timmins v. Timmins (1953) 1 WLR 762, per Denning L.J.; vgl. Biggs, aaO. S. 54; Tolstoy, S. 75; Davies, aaO. S. 328

(3) siehe S. 128 f.

(4) siehe S. 130 f.

ernsten und schwerwiegenden Verhaltens und der Unrechtsgehalt des Fehlverhaltens werden voll erfaßt. Daher bestehen keine rechtlichen Bedenken, in den Fällen des vertreibenden Verhaltens die Scheidung *a u c h* aufgrund von s.2(1)(b) auszusprechen. Dann braucht kein Getrenntleben nachgewiesen zu werden⁽¹⁾.

Die Rechtsprechung hat die Anwendbarkeit der Regeln der 'fiktiven' Verlassung auf s.2(1)(b) bejaht. *Pheasant v. Pheasant*⁽²⁾, ein Fall, in dem der Ehemann seine Frau verlassen hatte und nach früherem Recht seine Klage nur auf 'constructive desertion' hätte stützen können, wurde nach s.2(1)(b) entschieden. Als Maßstab für sein "Werturteil" über das Verhalten der Beklagten und dessen Wirkung auf den Kläger bezog sich Ormrod J. ausdrücklich auf einen "test ... closely similar to, but not necessarily identical with, that which was formerly used in relation to constructive desertion". Diese Anwendung von s.2(1)(b) wurde von Baker P. in *Katz v. Katz* ausdrücklich bestätigt⁽³⁾. Die Praxis hat gezeigt, daß es u. U. "kurioserweise" sogar leichter ist, die Scheidung einer offensichtlich zerrütteten Ehe zu erreichen "by using the revamped matrimonial offence of constructive desertion" als aufgrund Getrenntlebens nach s.2(1)(d)⁽⁴⁾.

ddd)

Aus den weiteren Ausführungen von Ormrod J. ergibt sich, daß der Richter zwar Grundsätze der 'constructive desertion' als Wertungsmaßstäbe anwenden will, aber keineswegs "all the technicalities which accumulated round the idea of con-

(1) vgl. Bromley, aaO.

(2) (1972) Fam. 202; (1972) 1 AllER 587; (1972) 2 WLR 353

(3) (1972) 3 AllER 223; vgl. *Morgan v. Morgan* (1973) 117 Sol.J. 223, (1973) Times 23.2.; *Richards v. Richards* (1972) 3 AllER 695; vgl. auch *Shears v. Shears* (1973) 117 Sol.J. 33

(4) *Cole, Single Household Divorces*, (1974) 124 NLJ 172

structive desertion" in das neue Recht übertragen sehen möchte⁽¹⁾. Das könnte den Schluß nahelegen, daß er 'constructive desertion' nicht innerhalb des Auslegungsbereichs von 'desertion' als 'fact' im Sinne des neuen Rechts ansieht. An anderer Stelle sagt Ormrod J. allerdings, daß mit dem Begriff 'desertion' das ganze von der Rechtsprechung entwickelte Konzept dieses Rechtsbegriffs vom Gesetzgeber in das Scheidungsreformgesetz übernommen worden und keine Absicht des Gesetzgebers zu erkennen sei, eine veränderte rechtliche Bedeutung einführen zu wollen. Damit ist geklärt, daß s.2(1)(b) 'constructive desertion' nicht abgeschafft hat. Nach wie vor können daher Scheidungsklagen auf diese Rechtsfigur gestützt werden, sofern die Voraussetzungen der s.2(1)(c) erfüllt sind⁽²⁾. Die Konsequenzen dieser Zweigleisigkeit der 'fiktiven' Verlassung brauchen nicht weiter vertieft zu werden, da mit Sicherheit angenommen werden kann, daß die Rechtspraxis die Rechtsfigur des Scheidungsgrundes der fiktiven Verlassung als obsolet erweist⁽³⁾. Es erscheint abwegig, vom Kläger zu erwarten, daß er zwei Jahre auf die Scheidung wartet und zusätzliche Beweisanforderungen erfüllt, wenn er die Scheidung unmittelbar über s.2(1)(b) sofort erreichen kann⁽⁴⁾. Waters stellte dann auch im April 1972 fest, daß die 'constructive desertion' als ein Scheidungsgrund wegen s.2(1)(b) völlig verschwunden sei⁽⁵⁾. Darin zeigt sich ein weiterer substantieller Wandel, den das Scheidungsreformgesetz herbeigeführt hat⁽⁶⁾. Im Ergebnis wird die Generalklausel der s.2(1)(b) daher durch s.2(1)(c) nur in Gestalt der böswilligen Verlassung im eigentlichen Sinne - actual desertion - eingeschränkt.

(1) aaO.

(2) siehe S. 155 ff.; ebenso Tolstoy, S. 72, 73; Rayden, aaO.; Passingham, aaO.; vgl. Barton, aaO.

(3) Bates, Separation and Desertion - A Commonwealth Postscript, (1971) 34 MLR 418 FN 2

(4) Passingham, aaO. para. 21. S. 9; Law Commission, Cmd. 3123, para. 92 S. 45

(5) The Divorce Reform Act 1969 in Retrospect - II, (1972) 116 Sol. J. 326

(6) Passingham, aaO. para. 37, S. 16

dd) Unheilbare Geisteskrankheit

Der bisherige gesetzliche Scheidungsgrund der unheilbaren Geisteskrankheit wurde nicht in das Scheidungsreformgesetz übernommen⁽¹⁾. Geisteskrankheit ist also nach dem Gesetz keine Qualifizierung allgemeinen ehelichen Fehlverhaltens mehr und keine Typisierung einer Zerrüttungssituation. Der Gesetzgeber hat damit die Konsequenzen aus der Entwicklung der modernen Psychiatrie gezogen und wohl auch der Tatsache Rechnung getragen, daß nur noch sehr wenige Urteile zu diesem Scheidungsgrund ergingen. In einem Zerrüttungsscheidungsrecht ist kein Platz für diesen Sondertatbestand⁽²⁾.

Auch bei unheilbarer Geisteskrankheit wird die Ehe nur dann geschieden, wenn sie unheilbar zerrüttet ist. Den Automatismus eines absoluten Scheidungsgrundes kann es nicht mehr geben.

Nach dem Scheidungsreformgesetz muß einer der Tatbestände der s.2(1) erfüllt sein. Besonders einschlägig erscheint s.2(1)(b). Es wird deshalb auch allgemein angenommen, daß 'unreasonable behaviour' den bisherigen Scheidungsgrund 'insanity' mitumfaßt⁽³⁾. In dieser Allgemeinheit ist dieser Satz jedoch zu weitgehend: nur dann, wenn das Verhalten des unheilbar Geisteskranken derart ist, daß vom Kläger das Zusammenleben vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, kann letzterer eine Scheidungsklage auf s.2(1)(b) stützen⁽⁴⁾. Es wird dabei wesentlich darauf ankommen, welche Anforderungen die Rechtsprechung an die subjektive Seite des 'behaviour' stellt. Das Gesetz selbst gibt keinerlei

- (1) s.9(2) Sched. 2 DRA 1969; s.1(1)(a)(iv) MCA 1965
- (2) vgl. Hall, aaO. (1970) 28 CLJ 48; Santos v. Santos (1972) 2 ALLER 253 per Sachs LJ.
- (3) Halsbury's Laws, aaO.; Levin, aaO. S. 635
- (4) Law Commission No. 15, S. 32; Rayden, S. 205

Hinweise auf die Wirkung, die psychische Defekte auf die 'facts' in s.2(1) haben. Welche Wirkung Geistes- und Gemütszustand auf die Tatbestandsmäßigkeit des 'Verhaltens' nach s.2(1)(b) haben, wird im nachfolgenden Abschnitt untersucht werden, der die Konkretisierung zum Gegenstand hat, die die Fehlverhaltensgeneralklausel durch die Rechtsprechung erhalten hat⁽¹⁾.

ee) Sonderscheidungsgründe der Ehefrau

Konkretisierung durch den Gesetzgeber erfährt die Generalklausel ehelichen Fehlverhaltens letztlich aus der Abschaffung der Sonderscheidungsgründe für die Ehefrau: widernatürliche Unzucht und Notzucht⁽²⁾. Es ist evident, daß diese Handlungen ernst und schwerwiegend sind und ohne weiteres von s.2(1)(b) umfaßt werden.

ff) Zusammenfassung

Die bisherige Untersuchung zu s.2(1)(b) hat zum Ergebnis, daß unter den Begriff 'behaviour' ernstes und schwerwiegendes Verhalten des Klägers zu subsumieren ist, das nicht unter den Privilegierungstatbestand der s.2(1)(a) oder die Spezialregelung der böswilligen Verlassung fällt und alle übrigen Eheverfehlungen mit der Einschränkung einschließt, daß vom Kläger das Zusammenleben vernünftigerweise nicht erwartet werden kann. Tatbestandsmäßiges Verhalten sind somit alle Verhaltensweisen, die von der Rechtsprechung bisher unter den Rechtsbegriffen 'cruelty', 'constructive desertion', widernatürliche Unzucht und Notzucht als Scheidungsgrund anerkannt waren. Darüber hinaus kann Ehebruch geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen der s.2(1)(a) zusätzlich erfüllt sind.

(1) S. 138 ff.

(2) s.1(1)(b) MCA 1965

Änderungen gegenüber der früheren Rechtslage ergeben sich insoweit, als für 'cruelty'-Fälle keine Gesundheitsgefahr und für 'constructive-desertion'-Fälle kein Getrenntleben erforderlich sind. Die bisherige Rechtsprechung zu diesen Gründen hat also nur noch in den Teilen Geltung, die nicht die inzwischen überflüssigen Tatbestandsmerkmale zum Gegenstand haben oder durch diese beeinflusst sind⁽¹⁾.

Seit Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes werden daher Ehen erstens weiterhin in all den Fällen geschieden, in denen das bisher schon möglich war, und zweitens außerdem in den Fällen, in denen das Verhalten auch bisher schon mißbilligt worden war, aber wegen Fehlens der zusätzlichen Tatbestandsmerkmale nicht zur Scheidung geführt hat. Das ist unzweifelhaft ein erheblicher Fortschritt in Richtung auf ein Scheidungsrecht, das sich weniger absoluten Rechtsgrundsätzen verpflichtet fühlt, als vielmehr dem objektiven Zustand der individuellen Ehe Rechnung tragen will. Aber der bisher aufgezeigte Wandel ist nur ein gradueller, kein grundsätzlicher. Noch immer muß Fehlverhalten gerügt werden und noch immer muß dieses Fehlverhalten, sofern darauf nur die Kriterien der 'cruelty' und der 'constructive desertion' Anwendung finden sollten, ernst und schwerwiegend sein.

b) Konkretisierung der Generalklausel durch die Rechtsprechung

Der Gesetzgeber hat in §.1 des Gesetzes deutlich gemacht, daß Ehen wegen endgültiger Zerrüttung geschieden werden sollen. Diesen objektiven Tatbestand sieht er erfüllt an, wenn sich der Beklagte derart verhalten hat, daß es vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, mit dem Beklagten zusammenzuleben. Zweck dieses R e f o r m - gesetzes ist es, die Kategorien von Schuld und Unschuld

(1) vgl. Tolstoy, S. 64, 65

im Scheidungsrecht aufzuheben und Ehen dann zu scheiden, wenn sie nur noch eine leere Rechtsform sind. Im Lichte dieser gesetzgeberischen Disposition sind, wie die Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt hat, die 'facts' der s.2(1) des Gesetzes zu entscheiden⁽¹⁾. Das bedeutet ein Mehr an Reform als nur 'cruelty' ohne Gesundheitsgefahr oder 'constructive desertion' ohne Getrenntleben. Mit s.1 und der Wahl des wertneutralen Begriffs 'behaviour' hat der Gesetzgeber den Gerichten die Möglichkeit gegeben, mit s.2(1)(b) das Zerrüttungsprinzip durch freie richterliche Erkenntnis zu verwirklichen. Die Art und Weise der Ermessensausübung ist nur durch den Begriff 'vernünftigerweise' näher umschrieben und stellt klar, daß nicht die Unvernunft eines einzelnen Ehegatten über den Zustand der Ehe und damit die Scheidungsfolge befinden soll, sondern der Richter⁽²⁾. Im Gegensatz zu den übrigen 'facts' der s.2(1) ist der Richter in seiner Entscheidung hier aber nicht durch gesetzlich definierte Verhaltensmuster der Ehegatten gebunden. Auf der Grundlage von s.2(1)(b) können die Gerichte daher ein 'reines' Zerrüttungsprinzip verwirklichen.

Ob und inwieweit die Gerichte diese 'Chance' des Gesetzes wahrnehmen, wird Gegenstand der weiteren Untersuchungen sein.

aa) Der gemischt objektiv/subjektive Wertungsmaßstab

Einen wichtigen Schritt in der aufgezeigten Richtung bedeutet die Anerkennung des gemischt objektiv-subjektiven Wertungsmaßstabs durch die Rechtsprechung⁽³⁾, da dadurch Rechtsgrundsatz wurde, daß das Verhalten im Kontext der jeweiligen Ehe zu bewerten ist. Mit den Worten von Ormrod J. hat das Gericht zu erwägen, ob es vernünftig ist, zu erwarten, daß dieser Kläger mit dem Verhalten dieses Beklagten zu-

(1) siehe oben S. 63 f, 88 ff

(2) vgl. S. 124 ff

(3) siehe S. 127

rechtkommt und dabei ihrer Charaktere und Schwierigkeiten Rechnung zu tragen. Es muß versuchen, 'fair' zu beiden zu sein, und darf von ihnen weder heroische Tugend noch völlige Selbstverleugnung erwarten⁽¹⁾. Mit dem Wort 'erwartet werden' in s.2(1)(b) des Gesetzes muß das Gericht keine Vorwegentscheidung über zukünftige Erfolgsaussichten des Zusammenlebens treffen: 'erwartet werden' ist im Sinne von 'verlangt werden' zu verstehen⁽²⁾. Charakter, Persönlichkeit, Haltung und Verhalten des Klägers muß betrachtet werden, nicht nur das Verhalten des Beklagten, so daß das Zusammenleben von einem gewalttätigen Kläger mit einem gewalttätigen Beklagten, von einem Trunksüchtigen mit einem Trunksüchtigen, von einem schweigsamen Beklagten mit einem schweigsamen Kläger, von einem mürrischen Kläger mit einem mürrischen Beklagten, von einem leichtlebigen Kläger mit einem leichtlebigen Beklagten 'vernünftigerweise verlangt' werden kann⁽³⁾.

So wichtig es ist, die jeweilige Situation der einzelnen Ehe zu untersuchen, um zu einem Zerrüttungsurteil zu kommen, so deutlich werden mit der letzteren Entscheidung die Gefahren eines derart 'objektivierten' subjektiven Maßstabs, wie ihn Bagnall J. anlegt: allzuleicht wird die Ehe selbst außer acht gelassen und Verfehlung gegen Verfehlung aufgerechnet. Selbst unter der Geltung des Schuldprinzips gab es keine absolute Regel, die eine Scheidung verbot, wenn sich der Kläger selbst einer Eheverfehlung schuldig gemacht hatte. - nicht einmal bei Ehebruch. Aber es muß noch weiter gefragt werden, warum nicht ein Trinker von der Ehe mit einem Trinker loskommen soll, wenn diese zerrüttet ist, warum nicht der Leichtlebige von einem Partner, "der ebenso empfänglich ist für die Reize des anderen Geschlechts"⁽⁴⁾, wenn die Ehe

(1) Pheasant v. Pheasant, aaO. unter Bezugnahme auf Pearce J. in Lissack v. Lissack (1950) 2 ALLER 233; (1951) P 1; bestätigt in Katz v. Katz, aaO.

(2) aaO. S. 590

(3) Bagnall J. in Ash v. Ash (1972) Fam. 135; (1972) 1 ALLER 582; (1972) 2 WLR 347

(4) Bagnall J., aaO.

vielleicht gerade deshalb gescheitert ist, weil beide sich in ihren unguten Eigenschaften so unheilvoll ähnlich sind? Eine derartige Ermessensausübung fände schließlich keinerlei Anhaltspunkt im Gesetz⁽¹⁾.

In Ash v. Ash selbst trat die Gefahr einer solchen Entscheidung nach dem Sachverhalt nicht auf, und der Richter kam zu dem Urteil, daß die klagende Ehefrau ihrerseits nicht das für ein Zusammenleben erforderliche Maß an Charakter, Persönlichkeit und Verhalten aufgebracht habe. Sie sei nur bereit gewesen, die Vorteile der Ehe in guten Zeiten zu genießen, aber nicht, deren Nachteile in schweren Zeiten zu ertragen⁽²⁾. Diesen Gesichtspunkt will der Richter, ebenfalls allgemein, als Prüfungskriterium in s.2(1)(b) angewendet wissen.

Wegen dieser charakterlichen Mängel und Verhaltensweisen der Klägerin wurde die Ehe gegen den Widerspruch des Beklagten nicht aufrechterhalten, da der Richter nicht davon überzeugt werden konnte, daß die Ehe nicht endgültig zerrüttet sei⁽³⁾. Diese Entscheidung in Ash v. Ash ist ein treffendes Beispiel dafür, wie das Gericht die Möglichkeiten des Scheidungsreformgesetzes wahrnehmen und somit dessen Zweck erfüllen kann, leere Rechtsformen im öffentlichen Interesse wie auch im wohlverstandenen Interesse der Ehegatten - und deshalb unter Umständen auch gegen die Behauptung, daß die Zerrüttung nicht endgültig sei - zu zerstören.

(1) vgl. Samuels, Divorce: the Working of the New Act, (1972) 69 Gaz. 370

(2) Ash v. Ash, aaO.

(3) Zusätzliche Untersuchung des Zustandes der Ehe im Rahmen von s.2(3), s.1; vgl. S.79 ff.

bb) Die Qualifizierung des Verhaltens

In Ash v. Ash war die wesentliche Voraussetzung der Scheidung - das Verhalten des Beklagten - unstreitig und oben-
drein wegen Gewalttätigkeit auch nach den bisherigen Maß-
stäben der 'cruelty' tatbestandsmäßig. Es ist denkbar, daß
die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn das Verhalten
des Beklagten weniger gravierend gewesen wäre, obwohl alle
sonstigen ausschlaggebenden Gesichtspunkte, die zum Urteil
führten, dadurch nicht hätten beeinflußt werden können.

Anlaß zu dieser Vermutung geben verschiedene Entscheidungen,
in denen das entscheidende und einzige Merkmal, das nach dem
Gesetz die Scheidung rechtfertigt, aber auch verlangt, die
endgültige Zerrüttung der Ehe, weniger deutlich als der tra-
gende Urteilsgrund hervorgetreten ist.

aaa)

Voraussetzung einer objektiven Feststellung der Zerrüttung
der Ehe in s.2(1)(b) ist, daß der Begriff des 'behaviour' in
seinem vom Gesetzgeber vorgegebenen, weiten Sinne Anwendung
findet. Werden auf dieser faktischen Ebene des Tatbestandes
bereits Qualifizierungen und wertende Unterscheidungen ein-
geführt, dann kann die Ehe nicht geschieden werden, obwohl
sie offensichtlich und erklärtermaßen endgültig zerrüttet
ist. Das 'Werturteil', das der Richter zu fällen hat, hat
nicht bestimmte Verhaltensweisen ganz allgemein, sondern
Wirkungen jedwelchen Verhaltens d i e s e s Beklagten
auf d i e s e n Kläger zum Gegenstand. Das folgt
zwingend aus dem manifesten Willen des Gesetzgebers, wie
er dem Grundsatz nach in den Entscheidungen der Gerichte
seinen Ausdruck gefunden hat⁽¹⁾.

(1) vgl. S. 124 ff: Entscheidungen zum Wertungsmaßstab in
s.2(1)(b)

Aber die Gerichte benötigen nicht nur Grundsätze über die Wertungsmethode, sondern auch über den Wertungsgegenstand. Wie eingangs festgestellt wurde, hat der Gesetzgeber die Ausfüllung der Generalklausel der Rechtsprechung überlassen⁽¹⁾. Wie gleichfalls nachgewiesen wurde, ist im wesentlichen die frühere Rechtsprechung zu 'cruelty' und 'constructive desertion' einschlägig, und das bedeutet, daß der Standard des 'grave and weighty behaviour' erfüllt sein muß⁽²⁾. Das Scheidungsreformgesetz hat die Möglichkeit eröffnet, davon loszukommen. Anlaß und Zweck des Gesetzes verlangen das geradezu, denn 'grave and weighty' ist eine Qualifizierung aufgrund des Schuldprinzips: ein Schuldausspruch und das damit verbundene 'moralische Stigma' war nur dann gerechtfertigt, wenn eine Eheverfehlung, ja sogar eine quasikriminelle Handlung wie Ehebruch, nachzuweisen war⁽³⁾.

'Behaviour' wurde vom Präsidenten der Family Division als ein Verhalten definiert, welches das Gericht zu dem Schluß kommen läßt, daß es von solcher Schwere ist, daß vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, mit dem Beklagten zusammenzuleben. 'Behaviour' sei mehr als ein bloßer Zustand oder eine Geistes- oder Gemütsverfassung, sagte der Präsident. Eine Abneigung gegen den Geschlechtsverkehr oder das Gefühl, daß die Frau die Liebe nicht erwidert, oder damit nicht so demonstrativ ist, wie der Mann das erwartet, sollen beispielsweise nicht genügen⁽⁴⁾. Das Gericht müsse entscheiden, ob das Verhalten schwerwiegend genug sei, das Verlangen an den Kläger unvernünftig zu machen, es zu ertragen⁽⁵⁾.

(1) vgl. S. 127; zur engl. Gesetzgebungstradition allgemein: S. 52 ff., 122

(2) vgl. S. 128 ff., 137 f.

(3) vgl. Bandali, aaO. S. 487

(4) Baker P. in Katz v. Katz (1972) 3 ALLER 223

(5) Baker P. aaO.: "to endure"; Ebenso Passingham, aaO. para. 38, S. 16

Das tatbestandsmäßige Verhalten wird damit zum *unerträglich* qualifiziert. Das Gesetz verlangt demgegenüber nur, daß es unvernünftig sein soll, miteinander in demselben Haushalt zu *leben*, nicht das gemeinsame Leben *auszuhalten*. Der Wortlaut des Gesetzes ist qualitativ schwächer⁽¹⁾. Der Beweis für diese Tatsache folgt auch aus der Gegenüberstellung mit s.2(1)(a): dort spricht das Gesetz ausdrücklich von 'unerträglich' und führt dafür einen rein subjektiven Wertungsmaßstab ein⁽²⁾. In s.2(1)(b) muß folglich etwas anderes gemeint sein.

Die Begriffbestimmung, die Baker P. gibt, liegt deutlich auf einer Linie mit dem bisherigen Maßstab des schwerwiegenden und ernstesten Verhaltens. Ormrod J. hat diesen Maßstab in das neue Recht übertragen, wenn er, wie bereits an anderer Stelle zitiert, eine äußerst ähnliche, aber nicht notwendigerweise identische Prüfung des Verhaltens wie bei der fiktiven Verlassung als "einzigen Schluß" seiner Erwägungen für angezeigt hält⁽³⁾. Jedenfalls gibt er keinen Hinweis darauf, was das Minus an Identität ausmacht.

Er macht allerdings an anderer Stelle deutlich, daß es mit dem Geist der neuen Gesetzgebung eher vereinbar wäre, die überholte Vorstellung von der Eheverfehlung durch das Konzept des Vertragsbruchs zu ersetzen. Die Formulierung von Ormrod J. hat also immerhin einen Spielraum für nachfolgende Entscheidungen offengelassen. Baker P. hat ihn nicht in dem hier vertretenen Sinne genutzt.

(1) Bandali, aaO. und S. 486

(2) vgl. S. 102 ff, 105

(3) Pheasant v. Pheasant, aaO.; siehe oben S. 134

bbb)

Der Sachverhalt in Katz v. Katz war entscheidend von der Tatsache geprägt, daß der beklagte Ehemann geisteskrank geworden war. Sein Verhalten bestand aus "neutralen, dummen, irrationalen" Handlungen, die nur dann den Anforderungen von s.2(1)(b) genügen konnten, wenn er die Absicht hatte, seine Frau damit zu schikanieren. Wegen der Geisteskrankheit war der Mann aber zur Formung einer derartigen Absicht nicht fähig.

Hier wandte Baker P. nun - auf das neue Gesetz abgewandelt - die Formel an, die in der Entscheidung Williams v. Williams im Jahre 1963 eine judikative Revolution bedeutet hatte⁽¹⁾. Das Urteil sollte gegen eine solche abnorme Person ergeben "einfach deshalb, weil die Tatsachen so sind, daß nach voller Berücksichtigung ihres Unvermögens und des Temperaments beider Parteien festgestellt werden muß, daß Charakter und Schwere ihres Verhaltens derart sind, daß vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, mit dieser zusammenzuleben."⁽²⁾ Nachdem zuerst die Hürde des ernsten und schwerwiegenden Verhaltens aufgebaut worden war, mußte sie nun irgendwie umgangen werden, denn die Tatsache, daß angesichts der Einstellung und des Verhaltens der klagenden Ehefrau keinerlei Aussicht auf ein Zusammenleben bestand, stand unzweifelhaft fest. Baker P. trug der endgültigen Zerrüttung Rechnung und erklärte, das Verhalten des Mannes sei von solcher "Qualität" gewesen, daß es den "Standard" in s.2(1)(b) erreiche und von der Frau ein Zusammenleben vernünftigerweise nicht erwartet werden könne.

(1) (1963) 2 ALLER 1004; (1964) AC 723 per Lord Reid; geistig "abnorme" und geistesranke Personen wurden in der Entscheidung ausdrücklich gleichgestellt; siehe auch S.21

(2) Katz v. Katz, aaO. S. 224

Diese Entscheidung war im Ergebnis nach Lage des Falles zu begrüßen, nicht dagegen der Weg dorthin, der einmal mehr zeigte, daß die Qualifikation des alten Rechts der Zweckerreichung des neuen Rechts zuwiderlaufen. Der Widerspruch, der darin besteht, daß einerseits ernstes und schwerwiegendes Verhalten verlangt wird, das mehr ist als nur eine Kette unbeabsichtigter neutraler Ärgerlichkeiten, andererseits der Geisteszustand berücksichtigt und von dem Unzurechnungsfähigen dann gesagt wird, er habe sich mit eben solchen Kleinigkeiten ernst und schwerwiegend verhalten, wurde vom Richter nicht gelöst⁽¹⁾. Die Entscheidung überspielt den Widerspruch, indem vom Ergebnis her gedacht und die Ehe dann eben doch - richtigerweise - aufgelöst wird.

cc) Konflikt: Verfehlung - Zerrüttung

Während die Entscheidungen Ash v. Ash, Pheasant v. Pheasant und Katz v. Katz - aus jeweils verschiedenen Gründen - im Sinne des Zerrüttungsprinzips im Ergebnis 'richtig' waren, zeigen spätere Urteile deutlich die Gefahren der in diesen Präjudizien verwendeten Entscheidungskriterien auf, die dann letztlich zu - im Geiste des Gesetzes - 'falschen' Entscheidungen führen:

aaa)

In Richards v. Richards⁽²⁾ war es wiederum das Verhalten eines diesmal nur gemütskranken Ehemannes, das die Ehefrau zum Getrenntleben und zur Scheidungsklage aufgrund s.2(1)(b) veranlaßte. Beide Ehegatten stimmten darin überein, daß die Ehe endgültig zerrüttet war, und diese Tatsache wurde vom Gericht als erwiesen betrachtet. Aber die endgültige Zerrüttung führt nach dem Gesetz nur dann zur Scheidung, wenn

(1) Bandali, aaO. S. 486; vgl. Tolstoy, S. 66; Rayden, S. 204, 244

(2) (1972) 3 ALLER 695; (1972) 1 WLR. 1073, per Rees J.

zugleich einer der 'facts' der s.2(1) erfüllt ist. Rees J. legte nun den Maßstab des 'grave and weighty conduct' an und stellte fest, daß das Verhalten des Mannes, das unzweifelhaft von seiner Gemütskrankheit herrührte, diesem Standard nicht genügte, obwohl er seine Frau gelegentlich geschlagen und sie ständig beunruhigt hatte, wenn er nachts im Hause umherschlich. Auch Rees J. bezog sich auf die genannte Formel in Williams v. Williams⁽¹⁾, meinte aber, die Gemütskrankheit des Mannes sei nicht so ernst gewesen wie in jener Entscheidung. Obwohl auch er den objektiv-subjektiven Wertungsmaßstab von Bagnall¹ in Ash v. Ash⁽²⁾ anwandte, kam Rees J. zu dem Ergebnis, daß der Ehemann sich nicht derart verhalten habe, daß von seiner Frau vernünftigerweise nicht erwartet werden könne, mit ihm zusammenzuleben. Dabei hätte spätestens bei der Berücksichtigung der Wirkung des Verhaltens auf die Klägerin die Schwere des Verhaltens selbst bejaht werden können, wenn schon der 'grave-and-weighty'-Standard beibehalten werden sollte. Schließlich war die mittelbare Wirkung immerhin die endgültige Zerrüttung der Ehe. Aber der Richter stellte mehr auf den Gesichtspunkt der Vernünftigkeit ab, ein anerkanntermaßen objektives Kriterium, und danach war es unvernünftig, das Zusammenleben zu verweigern: "die Frau hatte (eben) alles Interesse an ihrem Mann verloren, der, wie sie wußte, ein kranker und gequälter Mann war". Das war der eigentliche Grund der Zerrüttung, nicht das ohnehin nicht tatbestandsmäßige Verhalten des Ehemannes. Die Gemütskrankheit mäßigte dieses Verhalten soweit, daß die Frau es hätte berücksichtigen und hinnehmen müssen.⁽³⁾

{1} vgl. S. 145

{2} vgl. S. 140 f.

{3} vgl. Lord Denning in Sheldon v. Sheldon (1966) P 62 CA und neuerdings Smith v. Smith (1974) 124 NLJ 57

Zum Zeitpunkt der Klageabweisung war im übrigen klar, daß kurze Zeit später eine neue, "sichere" Klage eingereicht werden würde, diesmal aufgrund von s.2(1)(d): einverständliche Scheidung nach zweijährigem Getrenntleben.

bbb)

Dem Urteil in Richards v. Richards entspricht in den wesentlichen Punkten die Entscheidung von Wrangham J. in Archard v. Archard⁽¹⁾. Auch hier war die Ehe anerkanntermaßen endgültig zerrüttet, die Scheidung wurde aber nicht ausgesprochen, da es am ernstesten und schwerwiegendsten Verhalten fehlte. Die Frau klagte auf Scheidung, da der Mann aus religiösen Gründen keinerlei Empfängnisverhütungsmittel zuließ. Obwohl objektiv die Möglichkeit der Schwangerschaft und ernste Gefahr für das Leben der Frau bestanden, kam ihm der Rechtfertigungsgrund seiner religiösen Weltanschauung zugute. Der Einfluß der 'cruelty'-Rechtsprechung ist unübersehbar: vorsätzliches, ungerechtfertigtes Fehlverhalten muß vorliegen, um das Zusammenleben unvernünftig zu machen⁽²⁾. Selbst wenn Gesundheitsgefahr besteht, genügt es nicht, daß die Ehegatten das Zusammenleben unmöglich finden: sie haben sich ja für gute wie für schlechte Zeiten geheiratet⁽³⁾.

Bei allem Verständnis für das innere Dilemma, in dem sich der Ehemann befand, hätte der gemischt subjektiv/objektive Wertungsmaßstab zu einem anderen Ergebnis führen müssen. Auszugehen war vom Klägerhorizont der Ehefrau: aus ihrer Sicht war es durchaus unvernünftig, einen wesentlichen Aspekt der ehelichen Lebensgemeinschaft in ständiger Angst und Sorge

(1) (1972) Times 19.4.

(2) vgl. S.128 ff, 137 f.

(3) vgl. Le Brocq v. Le Brocq (1964) 3 ALLER 464; (1964) 1 WLR 1085 CA; Horton v. Horton (1940) P 187

erleben müssen. Auch objektiv gesehen wird man in der heutigen Zeit beim Entwicklungsstand und der Verbreitung empfängnisverhütender Präparate das Verhalten des Ehemannes als tatbestandsmäßig ansehen müssen.

Angesichts der objektiven Gesundheitsgefahr wäre eine Entscheidung zugunsten der Frau selbst nach altem Recht wegen 'cruelty' möglich gewesen. Zahlreiche Präjudizien wegen Verweigerung des Verkehrs, coitus interruptus oder Verwendung von Verhütungsmitteln beweisen das⁽¹⁾. In Knott v. Knott war das Verhalten des Ehemannes sogar als 'kriminell' bezeichnet worden, da er coitus interruptus in einer Weise praktizierte, die nur ihm selbst Befriedigung verschaffte⁽²⁾. Wäre es im Fall Archard v. Archard nicht ähnlich, wenn die Frau wegen der Risiken für ihre Gesundheit zu keiner befriedigenden geschlechtlichen Beziehung zu ihrem Mann fähig wäre?

Die Entscheidung Archard v. Archard ist nur verständlich, wenn man für s.2(1)(b) ein Konzept der Unerträglichkeit des Zusammenlebens vertritt⁽³⁾: dann kann man sicher der Meinung sein, daß das Zusammenleben unter diesen Umständen zwar unvernünftig, aber letztlich zu ertragen ist. Allerdings widerspräche diese Auslegung, wie aufgezeigt wurde, sowohl dem Buchstaben als auch dem Geist des Gesetzes.

Ein weiterer bedenklicher Gesichtspunkt ist die Ungleichbehandlung von Geisteskrankheit und religiöser Überzeugung: wenn letztere das Verhalten rechtfertigt, muß es erstere erst recht tun: beiden ist gemeinsam, daß die Vorwerfbarkeit entfällt⁽⁴⁾. Bei abnormen und krankhaften Geistes- und

(1) Sheldon v. Sheldon aaO.; Knott v. Knott (1955) P 249; Evans v. Evans (1965) 2 ALLER 789

(2) aaO.

(3) vgl. S. 143 f

(4) Bandali, aaO. S. 486

Gemütszuständen hat die Rechtsprechung aber seit Gollins v. Gollins und Williams v. Williams⁽¹⁾ die Konsequenzen aus der Erkenntnis gezogen, daß Maßstäbe, die im Strafrecht gelten, auf die Situation einer Ehe keine Anwendung finden können.

Nichts anderes darf dann aber für den 'Rechtfertigungsgrund' der religiösen Überzeugung gelten, wenn sie für den Ehepartner entsprechende Folgen hat, die zur endgültigen Zerrüttung der Ehe führen. In einem Scheidungsrecht, das auf dem Zerrüttungsprinzip beruht, muß das umso eher gelten.

dd) Zusammenfassung

aaa)

Alle in diesem Abschnitt kritisierten Entscheidungen zu s.2(1)(b) haben einen grundlegenden Mangel gemeinsam: der Reformcharakter des Scheidungsreformgesetzes wird nicht oder nicht genügend - d.h. nur verbal - erkannt bzw. anerkannt.

Der Grundgedanke des neuen Rechts, endgültig zerrüttete Ehen, die nur noch der Form nach existieren, mit einem Maximum an Fairneß und einem Minimum an Verbitterung, Elend und Demütigung⁽²⁾ aufzulösen, wird nur als unverbindliches Programm zitiert, nicht aber als Rechtsgrundsatz anerkannt, der auf die Ausgestaltung des Tatbestandes s.2(1)(b) unmittelbare Auswirkungen hat.

(1) (1963) 2 ALLER 966; (1963) AC 644; bzw. (1963) 2 ALLER 994; (1963) AC 698; vgl. S. 21 FN 3

(2) Law Commission, Cmd. 3123, para. 15, S. 10, zitiert in Pheasant v. Pheasant, aaO. und Ash v. Ash, aaO.

Die Tatbestandsmerkmale werden daher im Einklang mit der früheren Rechtsprechung zu 'cruelty' und 'constructive desertion' ausgelegt, was aus 'behaviour' ungerechtfertigtes ernstes und schwerwiegendes Verhalten, aus 'Zusammenleben, das vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann' objektiv unerträgliches Zusammenleben macht. Nachdem auf diese Weise Tatbestandsmerkmale, die eine allgemeine Zerrüttungsvermutung nach sich ziehen, so qualifiziert wurden, daß viele offensichtliche Fälle endgültiger Zerrüttung nicht mehr erfaßt werden, findet der Zerrüttungsgedanke in einem Teil der Entscheidungen als "Korrekturkautele"⁽¹⁾ Berücksichtigung. Die endgültig zerrüttete Ehe wird dann schließlich doch geschieden, aber nur aufgrund einer mehr oder weniger zufälligen Ermessensentscheidung.

Die Urteile von Richards v. Richards und Archard v. Archard veranschaulichen diese Praxis. Trotz offensichtlicher und vom Gericht anerkannter endgültiger Zerrüttung wurden diese Ehen nicht geschieden, weil die qualifizierten Bedingungen nicht erfüllt waren. Das zeigt zugleich, daß das wahre Verhältnis des 'fact' in s.2(1)(b) zur Grundsatznorm der s.1 nicht erkannt worden ist: Das Gesetz hat unzweideutig die endgültige Zerrüttung der Ehe als den einen und einzigen Scheidungsgrund bezeichnet⁽²⁾. Die Bedingungen dafür sind demgegenüber sekundär⁽³⁾. Sie sollen als 'guide lines' dem Richter in erster Linie die schwere und, wie sich zeigt, für die Rechtssicherheit gefährliche Aufgabe der Feststellung der endgültigen Zerrüttung erleichtern⁽⁴⁾.

{1} Motsch, aaO. Fam. RZ 1970, 354

{2} vgl. S. 3 FN 2

{3} Bandali, aaO.

{4} vgl. S. 88 ff.

bbb)

Zu welchen, dem Zweck des Gesetzes völlig zuwiderlaufenden, Ergebnissen die Hintanstellung des Zerrüttungsprinzips gegenüber bloßen Ausführungsvorschriften durch die Rechtsprechung führen kann, zeigt besonders eindringlich die Entscheidung des erstinstanzlichen Richters im Fall Bradley v. Bradley⁽¹⁾. Die Ehefrau hatte wegen zahlreicher Gewalttätigkeiten ihres Mannes 1969 und 1970 bereits zwei Trennungsanordnungen des Magistratsgerichts⁽²⁾ erwirkt, dieser war jedoch immer nach ein, zwei Wochen zurückgekehrt, und die Gewalttätigkeiten waren weitergegangen. Die Frau erhob daraufhin im Juni 1973 Scheidungsklage nach s.2(1)(b) DRA 1969, lebte aber bis zum Termin ein halbes Jahr später weiter mit ihrem Mann zusammen. Der County Court Richter wies die unstreitige Scheidungsklage ab, weil die Frau seiner Meinung nach damit bewiesen hatte, daß das Zusammenleben mit ihrem Mann von ihr vernünftigerweise erwartet werden konnte.

Der wahre Grund für das Zusammenleben aber war gewesen, daß der Ehemann trotz der Trennungsanordnungen immer wieder in die Ehewohnung zurückgekehrt war, während sie ihrerseits mit ihren sieben Kindern, die mit ihr in dem 4-Zimmer-Hause wohnten, nirgendwo sonst unterkommen konnte. Unter den beengten Verhältnissen blieb ihr auch nichts anderes übrig, als trotz der Gewalttätigkeiten mit ihrem Mann und einem sechsjährigen Kind in demselben Bett zu schlafen. Wesentliche Teile des Beweisvorbringens konnten dem Richter allerdings gar nicht erst unterbreitet werden, da er die Verhandlung sofort abbrach, sobald er von dem Zusammenleben erfuhr.

(1) (1973) 3 ALLER 750; (1973) 1 WLR 1291; (1973) Times 26.6.

(2) Separation 'order des Magistrates' Court

Eine krassere Verkennung der Sozialfunktion des Scheidungsrechts im allgemeinen und des Zwecks des Scheidungsreformgesetzes im besonderen ist kaum denkbar. Der formalistische Mißgriff wird auch nicht dadurch gemildert, daß das Gesetz im Rahmen der Aussöhnungsvorschriften (!) in s.3(4) in einer Kann-Bestimmung dem Gericht die Möglichkeit gibt, ein mehr als sechsmonatiges Zusammenleben als Gegenbeweis gegen das Klägervorbringen anzusehen⁽¹⁾. Diese Vorschrift konnte für diesen Fall evidenter Tatbestandsverwirklichung und endgültiger Zerrüttung nicht anwendbar sein. Im Gegenteil: die im Falle Bradley unmittelbar ins Auge springende Lösungsmöglichkeit wäre eine Scheidung aufgrund zwei- oder fünfjährigen Getrenntlebens gewesen⁽²⁾.

In seiner wegen des Schicksals der Frau in Presse und Schrifttum vielbeachteten Entscheidung in Bradley v. Bradley versuchte der Court of Appeal den Widerspruch zwischen dem Scheidungsrecht in der Auslegung des erstinstanzlichen Richters und der sozialen Wirklichkeit auszugleichen, und gab der Berufung statt: der Richter habe "zu früh zugeschlagen"⁽³⁾. Neun Jahre einer äußerst unglücklichen Ehe, fünf davon mit gerichtlichen Interventionen, kamen damit zu einem Ende⁽⁴⁾.

Lord Denning bekräftigte⁽⁵⁾, daß in s.2(1)(b) der Kläger lediglich nachweisen muß, daß das Zusammenleben von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden kann. Das heißt nicht, daß der Kläger den Beklagten verlassen haben oder getrennt leben muß. In einem Extremfall wie Bradley,

(1) vgl. S.39 und 288 ff.

(2) Cole, aaO. S. 172

(3) aaO. per Lord Denning MR; desgl. Scarman LJ.

(4) vgl. Cole, aaO. S. 171, zur Problematik mißhandelter Ehefrauen im Scheidungsrecht

(5) aaO.

wo die Frau keine Alternative hatte, führt dieses Argument zum richtigen Ergebnis. Für den Durchschnittsfall könnte sich daraus jedoch eine Verschärfung der Beweisanforderungen ergeben in der Form, daß der prima facie Beweis auch bei Zusammenleben von weniger als sechs Monaten gegen den Kläger spricht.

ccc)

Zu dieser erstinstanzlichen Entscheidung wie zur übrigen hier kritisch ausgewerteten Rechtsprechung zu s.2(1)(b) des Scheidungsreformgesetzes sei abschließend der Schlußsatz bei Bandali zitiert: "Is there anything to commend in such a judicial working of a progressive piece of legislation?"⁽¹⁾

Dem Autor ist allerdings die letztgenannte Entscheidung des Court of Appeal noch nicht bekannt gewesen, die hoffen läßt, daß in Zukunft mehr als bisher die endgültige Zerrüttung der Ehe den Ausschlag geben wird. Da jedoch die Frage des Verhaltens selbst nicht zur Entscheidung stand, bleibt abzuwarten, wieweit die dicta des Gerichts die Entscheidungspraxis beeinflussen werden.

Die 'general principles'⁽²⁾ Lord Dennings in *Wachtel v. Wachtel*⁽³⁾, einer gleichfalls nicht unmittelbar einschlägigen Entscheidung des Court of Appeal haben inzwischen bereits begonnen, sich auf s.2(1)(b) auszuwirken:

Unter Berufung auf jenes Urteil hat Dunn J. in *Livingstone-Stallard v. Livingstone-Stallard*⁽⁴⁾ neuerdings die Anwendung des aus dem früheren Recht übernommenen 'grave-and-weighty'-Maßstabs⁽⁵⁾ auf das Verhalten abgelehnt⁽⁶⁾.

(1) aaO. S. 487

(2) siehe oben S.64

(3) (1973) Fam. 86; (1973) 1 AllER 829; (1973) 2 WLR 366

(4) (1974) 3 WLR 302

(5) siehe oben S.142 ff.

(6) Der Rechtsauffassung von Ormrod J. in *Pheasant v. Pheasant* (1972) Fam. 202; (1972) 1 AllER 587; (1972) 2 WLR 353 wurde ausdrücklich widersprochen ('not followed')

Diese Entscheidung bringt nunmehr auch in s.2(1)(b) den Durchbruch der Erkenntnis, daß nach dem Gesetz nicht eine Abwägung der Würde und Unantastbarkeit der Ehe gegenüber der Schwere des Fehlverhaltens, sondern der objektive Zerrüttungszustand der Ehe, so wie er sich nach der Überzeugung einer 'right-thinking person' darstellt, zum Scheidungsausspruch führen sollten. Dieser Zustand kann, so stellt das Gericht fest, das Ergebnis offensichtlicher Verfehlungen, als auch ebenso gut die Folge einer Reihe von Unzuträglichkeiten sein, die weder einzeln, noch insgesamt, dem Maßstab des 'grave and weighty' conduct genügen.

Mit Livingstone-Stallard ist das Scheidungsrecht einen weiteren Schritt vorangekommen auf dem Wege zu einem echten Zerrüttungsscheidungsrecht. Es wäre zu wünschen, daß sich die darin vertretene Rechtsauffassung durchsetzen kann.

III. Böswillige Verlassung⁽¹⁾

Mit der böswilligen Verlassung hat auch die dritte der noch aus der Zeit der Ecclesiastical Courts stammenden Eheverfehlungen, die 1937 Scheidungsgrund geworden war, die Einführung des Zerrüttungsprinzips überlebt. Lediglich die Zeitdauer des Getrenntlebens wurde von drei Jahren auf zwei Jahre reduziert und die Beifügung "without cause"⁽²⁾ weggelassen. Letztere war ohnehin ein Pleonasmus, ihr Wegfall daher ohne rechtliche Wirkung auf den Begriff der 'desertion'⁽³⁾.

(1) s.2(1)(c) DRA 1969: 'desertion'; inhaltliche Wiedergabe oben S. 34

(2) s.1(1)(a)(ii) MCA 1965: 'Ungerechtfertigte' böswillige Verlassung

(3) Freeman, aaO. S. 193; Waters, Divorce Reform Act 1969, (1970) 114 Sol. J. 727; Levin aaO. S. 636; Tolstoy, S. 80

1. Begriff und Abgrenzung

'Desertion' bedeutet nach wie vor Getrenntleben ohne Einwilligung des anderen Ehegatten und ohne Rechtfertigungsgrund⁽¹⁾. Der Begriff ist allerdings - wie jener der 'cruelty' - niemals genau definiert worden⁽²⁾.

Der böswilligen Verlassung als Tatbestand, der die endgültige Zerrüttung der Ehe vermuten läßt, ist im Gesetz einige Konkurrenz erwachsen: einmal durch die ss.2(1)(d) und (e), in denen ebenfalls Getrenntleben zur Zerrüttungsvermutung führt, zum anderen durch s.2(1)(b). Wie bereits ausgeführt wurde⁽³⁾, umfaßt der Wortlaut der letzteren Bestimmung an sich auch die böswillige Verlassung, denn schließlich ist auch diese ein Verhalten, bei dem vom anderen Teil das Zusammenleben vernünftigerweise nicht erwartet werden kann. Andererseits erscheint es unsinnig, daß im Rahmen der s.2(1)(b) auch bei böswilliger Verlassung die theoretische Vernünftigkeit des zu erwartenden Zusammenlebens zu prüfen wäre, obwohl es offensichtlich ist, daß der andere Ehegatte die eheliche Gemeinschaft verlassen hat und nie mehr dahin zurückkehren wird. Insofern mußte sich daher für den Gesetzgeber, der die Ehezerstörung aus Eheverfehlungen ableiten will, eine sachliche Notwendigkeit ergeben, neben der Generalklausel der s.2(1)(b) auch den Tatbestand der böswilligen Verlassung beizubehalten. Das führte allerdings im Schrifttum und in der Praxis zu Unsicherheit über das Verhältnis der beiden Bestimmungen. Verschiedene dazu geäußerte Meinungen wurden an anderer Stelle im Zusammenhang mit der 'fiktiven' Verlassung bereits erörtert⁽⁴⁾.

(1) Pheasant v. Pheasant, (1972) Fam. 202; (1972) 1 ALLER 587; (1972) 2 WLR 353

(2) Puxon, aaO. S. 175; Rayden, S. 218

(3) vgl. S. 129 f.

(4) vgl. S. 132 ff.

In *Pheasant v. Pheasant* war dann klargestellt worden, daß der Begriffsinhalt der 'desertion' in s.2(1)(c) mit dem des früheren Scheidungsgrundes identisch ist und daher auch die Fälle der 'constructive desertion' umfaßt⁽¹⁾.

In *Morgan v. Morgan*⁽²⁾ wurde ein wahlweises Vorgehen nach s.2(1)(b) oder (c) ausgeschlossen und festgestellt, daß Fehlverhalten von solcher Schwere, die es rechtfertige, den Ehegatten zu verlassen, nur unter s.2(1)(b) geltend gemacht werden könne. Wegen eigentlicher böswilliger Verlassung - sogenannter 'simple desertion' - sei dagegen ebenso wie wegen einer Aufforderung, die Ehescheidung zu verlassen, Scheidungsklage nur unter s.2(1)(c) möglich. Diese Entscheidung versucht, die Rechtsfigur der 'fiktiven' Verlassung wenigstens teilweise für s.2(1)(c) zu retten. "Einfache" Fälle ohne ernstes und schwerwiegendes Verhalten sollen demnach unter s.2(1)(c) fallen und daher 2 Jahre auf die Scheidung warten müssen, schwere Fälle des Fehlverhaltens mit sofortiger Scheidung geahndet - oder belohnt - werden. Die Grenzziehung müßte in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Um diese zu vermeiden, würde der Sicherheit halber am besten immer zunächst nach s.2(1)(b) geklagt werden. Wenn der 'grave-and-weighty'-Maßstab dort nicht erfüllt würde, bliebe dann immer noch s.2(1)(c).

In tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erscheint es ungerechtfertigt, denjenigen Ehegatten, bei dem das Zusammenleben absolut unmöglich geworden ist, zwei Jahre außerhalb der Ehescheidung auf die Scheidung warten zu lassen, während hingegen der Ehegatte, von dem das Zusammenleben lediglich vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, den sofortigen Rechtsschutz erhält.

(1) aaO.; vgl. S.133 f.

(2) (1972) Times 23.2.; (1973) 117 Sol. J.223

Dieser Frage braucht nicht weiter nachgegangen zu werden, da heute keine Scheidungsklagen mehr auf die 'fiktive' Verlassung als Unterfall der 'desertion' gestützt werden⁽¹⁾, und die Gerichte im übrigen über Klagevorbringen, die diesen Tatbestand materiell erfüllen, generell im Rahmen von s.2(1)(b) entscheiden⁽²⁾. Für s.2(1)(c) bleiben somit de facto nur die Fälle der sogenannten 'simple desertion' übrig, für die die Fülle der Präjudizien, die die Rechtsprechung unter dem alten Recht dazu entwickelt hatte, unverändert fortgilt⁽³⁾.

Die Einführung des Zerrüttungsprinzips hatte auf diesen Tatbestand unmittelbar nur die Auswirkung, daß er fortan statt als Grund der Scheidung als 'guide line' der Zerrüttung zu gelten hatte. Die böswillige Verlassung ihrerseits indiziert von allen Eheverfehlungen am sichersten die endgültige Zerrüttung der Ehe: "Getrenntleben ist unzweifelhaft der beste Beweis für die Zerrüttung und der Zeitablauf der sicherste Hinweis darauf, daß sie endgültig ist"⁽⁴⁾. Das Tatbestandsglied 'factum deserendi' steht daher ohne weiteres im Einklang mit dem Zerrüttungsprinzip. Erst das Hinzutreten des Absichtsmoments, des 'animus deserendi' macht das Getrenntleben zu einer schuldhaften Eheverfehlung. Das Scheidungsreformgesetz hat am Erfordernis des 'animus' nichts geändert⁽⁵⁾. Section 2(4) bestimmt wie zuvor schon s.1(2) des Matrimonial Causes Act 1965, daß der 'animus' als fortdauernd fingiert wird, wenn ihn der 'schuldige' Ehegatte später wegen Störung der Geistestätigkeit nicht aufrechterhalten kann, nach der Beweislage aber anzunehmen ist, daß die böswillige Verlassung andernfalls fortgedauert hätte.

(1) vgl. S. 135

(2) siehe: Pheasant v. Pheasant, aaO.; Richards v. Richards, aaO.

(3) Passingham, The Divorce Reform Act 1969, para. 37, S. 16

(4) Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant aaO.; vgl. die Begründung der Gorell-Commission 1912 für die Einführung des 'desertion'-Scheidungsgrundes: "The main reason for introducing this cause as a ground of divorce is that wilful desertion, persisted in, breaks up a home even more than an act of adultery", aaO. sec. 254, S. 98

(5) Passingham, aaO. para. 39, S. 17; vgl. Law Commission, Cmd.3123, para. 72, S. 36

2. 'factum deserendi'

Wichtig für die Bestimmung der Dauer des Getrenntlebens ist die Aussöhnungsvorschrift s.3(5), in der ein Ausfluß des Zerrüttungsgedankens zu sehen ist⁽¹⁾: die Ehe soll nicht wegen der schuldhaften Verlassung geschieden werden, sondern nur, wenn sie endgültig zerrüttet ist. Wenn die böswillige Verlassung einmal erfolgt ist, wird das in aller Regel der Fall sein. Wenn es die Ehegatten aber doch noch einmal miteinander versuchen wollen, stehen ihnen dafür insgesamt sechs Monate seit der erstmaligen Trennung zur Verfügung, ohne daß der aufnahmebereite Ehegatte sein Scheidungsrecht verliert. Die Zeiten des Zusammenlebens - insgesamt bis zu sechs Monaten - werden allerdings nicht auf die Dauer des Getrenntlebens angerechnet, das Laufen der Frist wird unterbrochen. Dauert das Zusammenleben länger als sechs Monate, muß eine erneute Verlassung ihrerseits zwei Jahre andauern, um zur Scheidung zu berechtigen⁽²⁾.

Zusammenleben bedeutet in diesem Zusammenhang Zusammenleben im selben Haushalt⁽³⁾. In dieser Begriffsbestimmung wird das wichtigste Problem der böswilligen Verlassung und jedwelchen Getrenntlebenstatbestandes überhaupt sichtbar: wann ist das 'factum' gegeben? Genügen objektive Umstände oder ist ein subjektives Element notwendig? Letzteres ist Wesensbestandteil der böswilligen Verlassung und insofern ist die Frage für s.2(1)(c) eindeutig zu beantworten.

Aus dem Wesen der Verfehlung ergeben sich auch die Begriffs-
umrisse für die objektive Tatseite: 'desertion' ist das
Sichzurückziehen eines Ehegatten aus einem Zustand - der
Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die sich aus der Ehe

(1) siehe oben S. 39 sowie S. 253 ff.

(2) Bromley, aaO. S. 211, 215; Rayden, S. 221; Tolstoy, S. 84, 85; vgl. die zusammenfassende Erörterung der Aussöhnungsvorschriften auf S.288 ff., 296

(3) s.3(6) DRA 1969

ergeben - ohne Rechtfertigung und ohne Einwilligung des anderen Ehegatten⁽¹⁾. Daraus folgt, daß bloße räumliche Trennung noch keine Verlassung ausmacht, körperliche Anwesenheit der Verwirklichung des Tatbestands jedoch andererseits nicht entgegenzustehen braucht. Bei Hinzutreten ernststen und schwerwiegenden Verhaltens gegenüber dem anderen Gatten, das diesen zum Verlassen veranlaßt, befindet sich der vertreibende Ehegatte in 'desertion': das sind die Fälle der 'constructive desertion'⁽²⁾. Aber auch ohne diese Qualifizierung ist es möglich, daß Ehegatten, die unter demselben Dach wohnen, eben nur in demselben Haushalt, aber nicht in ehelicher Lebensgemeinschaft zusammenleben⁽³⁾. Die sich daraus ergebenden Probleme sind vor allem für die Heimtrennungstatbestände in s.2(1)(d) und (e) von Bedeutung und werden daher an anderer Stelle im Zusammenhang erörtert werden⁽⁴⁾.

3. 'animus deserendi'

Böswillige Verlassung unterscheidet sich von reinen Getrenntlebenstatbeständen durch das Hinzutreten eines subjektiven Merkmals - 'animus deserendi' -⁽⁵⁾, welches das 'factum' bisher zu einer schuldhaften Eheverfehlung gemacht hat und auch das 'fact' im Sinne des Scheidungsreformgesetzes in bedenkliche Nähe zum alten Recht bringt. Die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft muß schuldhaft erfolgen. Der Beklagte muß die Absicht haben, die

(1) Pulford v. Pulford (1923) P 21; Puxon, aaO. S. 175; vgl. Rayden, S. 213; Tolstoy, S. 77, 79

(2) siehe S.130 ff; Rayden, S. 223

(3) Puxon aaO. S. 177; Eekelaar, Family security and family breakdown, aaO. S. 243; Fuller v. Fuller (1973) 2 ALLER 625

(4) S.169 ff.

(5) Santos v. Santos (1972) Fam. 247; (1972) 2 ALLER 246; (1972) 2 WLR 889 CA

Ehegemeinschaft für immer beenden zu wollen⁽¹⁾. Diese Absicht kann auch aus den Umständen entnommen werden, bei körperlicher Trennung bis zum Beweis des Gegenteils aus dieser Tatsache⁽²⁾. 'Animus' und 'factum' müssen für die Dauer der Zweijahresfrist übereinstimmen, können aber zu unterschiedlichen Zeiten entstanden sein⁽³⁾: 'desertion' entsteht erst in dem Zeitpunkt, in dem beide Elemente sich decken. Ist der verlassende Ehegatte nicht in der Lage, eine entsprechende Absicht zu formen, kommt eine 'desertion' nicht zustande⁽⁴⁾. Wenn sich die Parteien auf eine Trennung geeinigt haben, kann eine 'desertion' nicht vorliegen, da es am entgegengesetzten Willen des anderen Ehegatten fehlt⁽⁵⁾. Aber auch zustimmendes Verhalten reicht aus, die Tatbestandsmäßigkeit zu verhindern, etwa wenn der andere offensichtlich nur darauf gewartet hat, verlassen zu werden und somit seine Freiheit wiederzuerlangen⁽⁶⁾.

Eine Verfehlung liegt ferner dann nicht vor, wenn die Verlassung gerechtfertigt ist. Rechtfertigungsgründe sind Eheverfehlungen des anderen Ehegatten, wie Ehebruch oder 'cruelty', aber auch jedes 'vertreibende Verhalten' schlechthin, also mit anderen Worten: alles Verhalten, das den Tatbestand der 'fiktiven' Verlassung erfüllt⁽⁷⁾. Insoweit kann auf die vorangegangenen Ausführungen zu dieser Rechtsfigur verwiesen werden⁽⁸⁾. Als Beispiele aus der früheren Rechtsprechung seien angeführt: übermäßige sexuelle Anforderungen des anderen Ehegatten, ungerechtfertigte Verweigerung des

(1) Rayden, S. 223

(2) Tolstoy, S. 76; Rayden, S. 243

(3) Puxon, aaO. S. 176; Rayden, S. 224

(4) Puxon, aaO. S. 183

(5) Tolstoy, S. 86

(6) Puxon aaO. S. 181; Tolstoy, aaO. - vgl. zur Möglichkeit, daß beide Ehegatten jeweils gleichzeitig in 'desertion' sind: Irvine, Old Law Revived?, (1971) 34 MLR 194, 195

(7) Rayden, S. 247; Puxon, aaO. S. 182

(8) S. 130 ff. und S. 156 ff.

Verkehrs, krankhafte Eifersucht, Kindesmißhandlung, begründeter Verdacht von Ehebruch, abartiges Geschlechtsverlangen des anderen Gatten bzw. derartige Beziehungen zu Dritten⁽¹⁾.

Wurde früher ein Weniger an tatbestandsmäßiger Eheverfehlung als rechtfertigend anerkannt, so kann heute dementsprechend ein Verhalten, das einen Zerrüttungstatbestand nicht ganz erfüllt, das Verlassen rechtfertigen⁽²⁾.

Der Grundannahme des Schuldprinzips folgend wird vom klagenden Ehegatten erwartet, daß er 'unschuldig' ist. Tatsächlich gilt aber nur ein "Konzept der Scheinheiligkeit": sobald er einmal gegen seinen Willen verlassen worden ist, braucht der verbliebene Gatte keine eheliche Gesinnung mehr zu haben, den anderen Ehegatten also nicht mehr zurückhaben zu wollen⁽³⁾. Er braucht sich auch keineswegs ehgemäß zu verhalten: selbst Ehebruch schadet nicht, solange das den anderen nicht nachweislich davon abhält, zur Ehegemeinschaft zurückzufinden⁽⁴⁾. Will der andere Gatte dagegen die eheliche Gemeinschaft wiederaufnehmen und macht er ein ehrliches und vernünftiges Angebot dazu, kommt die 'Stunde der Wahrheit': dieses Angebot zeigt, daß der 'animus deserendi' erloschen ist und beendet daher die böswillige Verlassung, während sich der zurückgebliebene Ehegatte, wenn er ablehnt, nunmehr seinerseits der böswilligen Verlassung schuldig macht⁽⁵⁾.

(1) siehe die Aufstellung in Tolstoy, S. 81, 82; vgl. Puxon, aaO. S. 182

(2) Rayden, aaO.

(3) Puxon, aaO.; Tickle v. Tickle (1968) 1 WLR 937

(4) Tolstoy, S. 92

(5) Tolstoy, S. 94; Puxon, aaO. S. 184

4. Konflikt: Verfehlung - Zerrüttung

Schon diese wenigen Hinweise auf die Wirkungsweise des Schuldprinzips bei der Eheverfehlung der böswilligen Verlassung lassen erkennen, wie sehr gerade dieser frühere Scheidungsgrund heute ein Fremdkörper im englischen Scheidungsrecht ist. Obwohl von den drei Getrenntlebenstatbeständen und den drei Verschuldenstatbeständen gleichermaßen jeweils der unbedeutendste⁽¹⁾, beweisen schon die 53 Textseiten in Rayden gegenüber neun für die beiden anderen 'separation'-Gründe⁽²⁾ und neun für s.2(1)(b), daß mit diesem 'fact' eine Fülle von rechtstechnischen Eigentümlichkeiten in das neue Recht übernommen worden sind, die dem Zerrüttungsprinzip diametral entgegenstehen. Noch weniger als in den beiden anderen Verfehlungstatbeständen ist der wahre Zustand der Ehe Gegenstand der richterlichen Untersuchung. Ehewidrige Gesinnung des einen Gatten mit allen Feinheiten und Abstufungen, deren menschliches Denken und Wollen fähig sind, ist zu erheben und in Beziehung zu setzen zu dem Verhalten des anderen Gatten, in dem nach der Vorstellung des einen gleichfalls eine ehewidrige Haltung erkennbar sein soll - dazu noch unter dem 'Konzept der Scheinheiligkeit', das zuläßt, daß der 'unschuldige' Ehegatte sich weitaus ehewidriger verhalten hat als der 'schuldige', gegen den das Urteil ergeht.

Eben dieses Urteil ist dann aber doch kein Schuldurteil⁽³⁾,

(1) Scheidungsklagen unter s.2(1) DRA 1969, sub-sections: 1971:(a): 27.284;(b):20.604;(c):11.277;(d):16.057;(e):29.911 1972:(a): 30.920;(b):25.424;(c): 8.650;(d):20.187;(e):19.270 Quelle: Civil Judicial Statistics 1971, Cmd.4982, Tafel 10, S.54; desgl. 1972, Cmd. 5333, Tafel 10, S. 48

(2) s.2(1)(d), (e) DRA 1969

(3) "It is now commonly accepted that a decree based on a matrimonial offence whilst of course establishing the factum of that offence, is often of little and sometimes of no importance in reaching conclusions as to whose conduct actually broke up the marriage": Sachs LJ. in Porter v. Porter (1967) 3 ALLER 644; bestätigt in Tumath v. Tumath (1970) P 78; vgl. S. 95 f: kein moralisches Stigma der Scheidung heute.

sondern nur die rechtliche Anerkennung der Zerrüttung dieser Ehe, eine Tatsache, die durch Scheidungsklage und Getrenntleben allein offensichtlich genug war, als daß sie noch der Vergewisserung durch die Zuteilung eines gehörigen Maßes an Schuld bedurft hätte.

Wenn aber diese Schuld vielleicht aus 'technischen Gründen' nicht zu beweisen ist oder einfach als zu gering angesehen wird, dann bleibt die leere Rechtsform der Ehe bestehen, obwohl der Richter doch gerade dann und deshalb die Scheidung hätte aussprechen sollen⁽¹⁾. Auf der anderen Seite ist es möglich, daß aufgrund der Indikationswirkung ein Urteil über ein Getrenntleben gesprochen wird, das weder dieses Urteil, noch die daran geknüpfte Vermutung der endgültigen Zerrüttung rechtfertigt.

Der 'animus deserendi' in s.2(1)(c) atmet den Geist des Schuldprinzips heute mehr als der Ehebruch in Gestalt des 'fact' in s.2(1)(a). Des 'factum deserendi's wegen hätte es dieser Bestimmung nicht bedurft. Die endgültige Zerrüttung einer Ehe ist eine Tatsachenfrage. Es ist unlogisch, als Methode zur Entscheidung dieser rein tatsächlichen Angelegenheit ein Verfahren zu spezifizieren, das ein ethisches Werturteil einschließt⁽²⁾. Die praktische Durchführbarkeit einer Regelung des Scheidungsrechts, die auf bestimmten Zeiträumen des Getrenntlebens beruht, beweist der Gesetzgeber selbst mit den ss.2(1)(d) und (e) des Scheidungsreformgesetzes⁽³⁾. Mit den Worten der Law Commission sind die Beendigung des ehelichen Zusammenlebens und das anhaltende Ausbleiben seiner Wiederaufnahme die zwingendsten, objektivsten und am besten justiziablen Anzeichen der Ehezerüttung⁽⁴⁾.

(1) Law Commission, Cmnd. 3123, para. 17, S. 10, 11

(2) Eekelaar, aaO. S. 240; vgl. Wolf, aaO. S. 15

(3) siehe S. 34

(4) aaO. para. 72, S. 36; vgl. Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant, aaO.; vgl. S. 158

Aus welchem Grunde muß dann ein Scheidungsgrund aufrechterhalten werden, der die Erforschung der Gesinnung der Ehegatten verlangt? Sind es die Umstände der böswilligen Verlassung, die eine besondere Beschwer ergeben, spräche alles dafür, dem betroffenen Ehegatten sofortigen Rechtsschutz aufgrund der Fehlverhaltensgeneralklausel s.2(1)(b) zu gewähren⁽¹⁾. Der Wortlaut des Gesetzes läßt das ohne weiteres zu⁽²⁾, und die Notwendigkeit, in den Fällen 'schändlichen Verhaltens' schnellen Rechtsschutz zu gewähren, war gerade immer als wesentliche Begründung für die Beibehaltung der Verschuldensgründe ins Feld geführt worden⁽³⁾.

Sind es andererseits aber nicht die Umstände der Verlassung, sondern ist es die Tatsache des Getrenntlebens als solche, die die Zerrüttung der Ehe anzeigt, dann kann nur die Dauer des Getrenntlebens einen verlässlichen Hinweis auf ihre Endgültigkeit geben⁽⁴⁾. Der Gesetzgeber hat diesen Zeitpunkt in Einklang mit den Empfehlungen der Law Commission auf zwei Jahre festgelegt⁽⁵⁾. In einem Scheidungsrecht, das aufgrund der vermuteten Zerrüttung der Ehe nach zwei Jahren des Getrenntlebens die Scheidung gewährt, erscheint dann aber die Beibehaltung eines Scheidungsgrundes, der außer diesem factum zusätzlich auch noch einer Schuldfeststellung bedarf, nicht gerechtfertigt. Mit anderen Worten: Wenn es in diesen Fällen moralisch richtig ist, Ehen bereits auf die Tatsache zweijährigen Getrenntlebens hin zu scheiden, ist nicht einzusehen, warum in anderen Fällen mit gleichem Sachverhalt Ehen erst auf den Nachweis der Vorwerfbarkeit hin scheidbar sein sollen⁽⁶⁾.

- (1) Jackson, The New Matrimonial Law, (1971) 1 Fam. Law 61
- (2) vgl. S.127 ff.:Die Generalklausel ehelichen Fehlverhaltens
- (3) Eekelaar, aaO. S. 234; Law Commission, aaO. paras. 44, 75, 118, S. 22, 38, 53; weitere Gründe siehe S.29
vgl. Morton Commission, Cmd.9678; para. 69(XI), S.16
- (4) Ormrod J. in Pheasant v. Pheasant, aaO.; Santos v. Santos, aaO. (Umkehrschluß)
- (5) Law Commission, aaO. para. 95, S. 46; s.2(1)(c), (d), DRA 1969
Law Commission, No. 15, S. 31 No. 4
- (6) vgl. Putting Asunder, para. 44, S. 31

Auch in einem Scheidungsrecht, das die Beurteilung des sittlichen Verhaltens der Ehegatten dem Grundsatz nach noch immer als Aufgabe des Gerichts ansieht, verlieren Zurechnungskriterien dann ihre Berechtigung, wenn sie nur um ihrer selbst willen bestehen, die Rechtswirklichkeit aber nicht beeinflussen. Der Zweck der Beibehaltung von Verschuldenstatbeständen innerhalb des Zerrüttungsprinzips wird mit dem Tatbestand der böswilligen Verlassung jedenfalls nicht erreicht⁽¹⁾.

Diesen Vorwurf kann auch der Einwand nicht entkräften, die 'Moral' von s.2(1)(c) bestehe darin, die e i n s e i t i - g e Scheidung schon nach zwei Jahren zuzulassen. Wenn ein Gatte die Ehewohnung verlassen hat und der andere nach zwei Jahren die Scheidung beantragt, dann ist in der Mehrzahl der Fälle anzunehmen, daß ersterer einwilligt und eine Konventionalscheidung zustandekommt. Dann kann es nicht im Interesse des Gesetzgebers sein, diesen Fällen eine nachträgliche Untersuchung oder auch nur Feststellung des 'animus deserendi' aufzuzwingen. Der zu erwartende kleine Rest von Fällen, in denen die Einwilligung verweigert wird, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht, und hier wäre dann eine Scheidung nach s.2(1)(b) sachgerechter.⁽²⁾

Das Ziel des Scheidungsreformgesetzes, Ehen mit einem Minimum an Verbitterung, Elend und Demütigung zu scheiden, wird mit s.2(1)(c) nicht erreicht.

(1) vgl. S.67 f. sowie S. 165

(2) Reicht der 'animus' für s.2(1)(b) nicht aus, ist ohnehin s.2(1)(e) der adäquate Tatbestand.

IV. Zwei Jahre Getrenntleben und Einwilligung in die Scheidung⁽¹⁾

Section 2(1)(d) ist die erste der beiden Bestimmungen des Scheidungsreformgesetzes, die die Vermutung der endgültigen Zerrüttung der Ehe nur von einem Zeitraum des Getrenntlebens der Ehegatten abhängig machen. Zwei Jahre ununterbrochener Heimtrennung bis unmittelbar vor Klageerhebung genügen, wenn der beklagte Ehegatte in den Erlaß des Scheidungsurteils einwilligt. Wie bei der böswilligen Verlassung gelten eine Zeitspanne oder mehrere Zeitspannen von bis zu sechs Monaten, in denen die Ehegatten das Zusammenleben wieder aufgenommen haben, nicht als Unterbrechung der Zweijahresfrist, die sich jedoch um den entsprechenden Zeitraum verlängert⁽²⁾. Sinn der Vorschrift ist wiederum, den Ehegatten die Wiederaufnahme des Zusammenlebens und damit eine Aussöhnung dadurch zu erleichtern, daß sie innerhalb der Halbjahresfrist nicht mit einem Verlust des Scheidungsrechts rechnen müssen⁽³⁾.

Unter Getrenntleben - 'living apart' - versteht das Gesetz, daß die Ehegatten nicht zusammen in demselben Haushalt leben⁽⁴⁾. Zusammenleben - 'living with each other' - in s.3(5) soll dementsprechend Zusammenleben in demselben Haushalt bedeuten⁽⁵⁾. Liegen die Voraussetzungen der s.2(1)(d) vor, gilt die Ehe als endgültig zerrüttet, ohne daß ein Nachweis erforderlich ist, daß irgendein Fehlverhalten eines oder beider Ehegatten dazu beigetragen hat. Die Ehe kann daher ohne jeglichen Schuldanspruch geschieden werden. Offenes Zusammenwirken der Ehegatten im Hinblick auf die Scheidung der Ehe ist nicht nur zulässig - wie allgemein in Scheidungsverfahren nach dem Wegfall des Kollusionsverbots⁽⁶⁾ -, sondern gesetzliche Scheidungsvoraussetzung.

{1} s.2(1)(d) DRA 1969; Wortlaut siehe S.34

{2} s.3(5) DRA 1969

{3} Passingham, aaO. para. 41, S. 18; vgl. S.159 ; Die Aussöhnungsbestimmungen des Gesetzes werden an anderer Stelle im Zusammenhang behandelt: S. 253 ff., 288 ff.

{4} s.2(5) DRA 1969

{5} s.3(6) DRA 1969

{6} vgl. S. 20, 46

Section 2(1)(d) enthält somit eine Reihe von Merkmalen, die für das englische Ehescheidungsrecht als "revolutionär" zu gelten haben⁽¹⁾. Die Frage, welcher der Reformbestimmungen des Gesetzes dieses Prädikat zukommen sollte, wird in der englischen Literatur unterschiedlich beantwortet. Einhelligkeit besteht jedoch darüber, daß mit s.2(1)(d) mit der Vergangenheit des Scheidungsrechts gebrochen und (für England) gesetzgeberisches Neuland betreten worden ist⁽²⁾.

Kritik an dieser Bestimmung des Gesetzes kann je nach Standpunkt des Kritikers dahingehend geübt werden, entweder, sie ginge zu weit und führe bereits die offene Konventionalscheidung ein oder andererseits, das Ziel der freien Verfügbarkeit der Ehe für die Ehegatten sei noch immer nicht erreicht, die Reform gehe also nicht weit genug⁽³⁾. Ein Scheidungsrecht, das erklärtermaßen auf dem Zerrüttungsprinzip beruht, ist aber in erster Linie daran zu messen, ob und inwieweit es dieses Prinzip in der Praxis materiell verwirklicht. Eine objektive Würdigung der Einwilligungsscheidung ist daher nur möglich, wenn feststeht, welche Gestalt s.2(1)(d) in der Rechtsprechung gefunden hat.

Das Gesetz spricht von zwei Jahren des Getrenntlebens und Einwilligung des beklagten Gatten in das Scheidungsurteil als Beweis für die endgültige Zerrüttung der Ehe. Daraus ergeben sich drei größere Auslegungsschwierigkeiten: erstens: was bedeutet 'Getrenntleben', zweitens: was ist Beweis der endgültigen Zerrüttung und drittens: was heißt 'Einwilligung'?⁽⁴⁾

(1) Puxon, aaO. S.131; vgl. Waters, aaO. (1970) 114 Sol.J. 727; Farnborough, aaO. NJW 1971, 311

(2) Freeman, aaO. S. 193; Passingham, aaO. para. 40, S.17; Cretney, When does 'Living Apart' Start?, (1971) 115 Sol.J. 295; Waters, aaO.; Bates, Separation and Desertion - A Commonwealth Postscript, (1971) 34 MLR 418

(3) vgl. Freeman, aaO.

(4) 'consent'

1. Der objektive Tatbestand des Getrenntlebens

Die Legaldefinition des Getrenntlebens in s.2(5) trägt nur insoweit zur Begriffsklärung bei, als damit ein weiterer unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt wird, mit dem sich allerdings ein weites Feld an Rechtsprechung eröffnet, nämlich der des 'Haushalts'. Mit diesem Begriff kodifiziert das Gesetz bestehende Rechtsprechung, die sich zum früheren Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung entwickelt hat⁽¹⁾, soweit nicht das Zerrüttungsprinzip die Gerichte zu einer Änderung ihrer Auffassung veranlaßt. Seit der Entscheidung des Court of Appeal in *Hopes v. Hopes*⁽²⁾ wurde für die Feststellung des 'factum deserendi' die Formel verwendet, die jetzt Gesetz geworden ist⁽³⁾. Die Auslegungsschwierigkeiten der Vergangenheit wurden somit übernommen, ohne daß der Gesetzgeber etwas zu ihrer Klärung getan hätte⁽⁴⁾. "One can foresee 'household' becoming a foremost battleground."⁽⁵⁾

a) Der Begriff des gemeinsamen Haushalts

In der Mehrzahl der Fälle wird das 'factum deserendi' und damit auch der objektive Tatbestand des Getrenntlebens außer Zweifel stehen: wenn die Ehegatten an verschiedenen Orten leben und keinerlei Kontakt miteinander haben, besteht auch kein gemeinsamer Haushalt mehr. Problematisch sind die Fälle, die sich vornehmlich in sozial schwachen Verhältnissen ergeben können: Wohnungsmangel, unzureichendes Einkommen und minderjährige Kinder können die Ehegatten dazu zwingen, in der ehelichen Wohnung zu bleiben, obwohl sie ansonsten ein

- (1) Bromley, aaO. S. 212; Passingham, aaO.; *Mouncer v. Mouncer* (1972) 1 ALLER 289, 291; (1972) 1 WLR 321, 323; vgl. S.159
- (2) (1949) P 227; (1948) 2 ALLER 920 per Denning LJ.; bestätigt in *Santos v. Santos* (1972) Fam. 247; (1972) 2 ALLER 246; (1972) 2 WLR 889 CA
- (3) vgl. Bromley, 'Living Apart' in the Law of Divorce, (1972) 88 LQR 329
- (4) Tolstoy, S.98; Bates, aaO. S. 419; Bates gibt als Beitrag zur Auslegung von s.2(5) eine Übersicht über die Rechtsprechung in Australien und Neuseeland zur Frage des "Getrenntlebens unter demselben Dach."
- (5) Freeman, aaO. S. 195; vgl. Deech, aaO. S. 120

getrenntes Leben führen, und ihre Ehe zerrüttet ist⁽¹⁾. Freeman stellt daher die Frage, ob das Gesetz vor diesen Fällen aus Naivität die Augen verschließe oder ob hier bewußt Klassendiskriminierung betrieben werde⁽²⁾.

Die Rechtsprechung hat diesen Fällen bisher insoweit Rechnung zu tragen versucht, als grundsätzlich anerkannt wurde, daß Ehegatten zwar unter demselben Dach wohnen können, aber trotzdem nicht in demselben Haushalt zu leben brauchen. Der 'Test' ist, ob die Ehwohnung ein Heim bleibt oder ob darin zwei getrennte Heime bestehen⁽³⁾. Die entscheidende Frage ist daher, ob sämtliche 'ehelichen Dienstleistungen'⁽⁴⁾ füreinander aufgehört haben oder nicht. Das Unterlassen des Geschlechtsverkehrs, das Schlafen in getrennten Schlafzimmern, und die Beschränkung der Kommunikation auf das Allernotwendigste genügen für sich gesehen nicht⁽⁵⁾. So wurde das Getrenntleben in einem Fall verneint, in dem sich der Ehemann vierzehn Jahre lang in ein Zimmer zurückgezogen und jegliche Kommunikation unterlassen hatte, mit der einzigen Ausnahme, daß er die Mahlzeiten mit Frau und Tochter einnahm⁽⁶⁾. Erst wenn jegliche 'eheliche Dienstleistung' wie Waschen, Bügeln, Kochen etc.

(1) vgl. die Sachverhalte in *Bradley v. Bradley*, aaO. siehe oben S. 152 f. und *Mouncer v. Mouncer*, aaO.; siehe S. 171 ff. *Puxon*, aaO. S. 177.

(2) aaO., S. 196.

(3) *Tolstoy*, S. 77. Die Übersetzung von 'Living apart' mit 'Heimtrennung', so z. B. *Motsch*, aaO., könnte hierin ihre Berechtigung finden. Dieser Begriff sollte aber trotzdem besser nicht verwendet werden, da er zu implizieren scheint, daß die Ehegatten in getrennten 'Heimen' leben müssen, also nicht unter demselben Dach wohnen dürfen.

(4) 'matrimonial services': *Cretney*, aaO.

(5) *Tolstoy*, S. 78.

(6) *Hopes v. Hopes*, aaO.

aufgehört hatte und das einzige Gemeinsame nur noch dasselbe Dach war, unter dem die Ehegatten wohnten, ist anerkannt worden, daß zwei getrennte Haushalte unter diesem Dach bestanden⁽¹⁾.

b) Die neuere Rechtsprechung

aa) Mouncer v. Mouncer

Im Fall Mouncer v. Mouncer⁽²⁾ lebten die Ehefrau mit der Tochter und der Ehemann mit dem Sohn jeweils in getrennten Schlafzimmern. Das Eheleben beschränkte sich auf gemeinsame Mahlzeiten an einzelnen Tagen und abwechselndes Reinigen des Hauses. Während des letzten halben Jahres vor Klageerhebung lebten die Ehegatten dann in verschiedenen Häusern. Nach der früheren Rechtsprechung war dies kein Fall des Getrenntlebens und Wrangham J. stellte fest, daß die Ehegatten mit ihren Kindern unzweifelhaft in demselben Haushalt lebten.

Der klägerische Ehemann glaubte jedoch im Scheidungsreformgesetz einen Anhaltspunkt für eine geänderte Rechtslage zu erkennen: s.2(5) sollte demnach aus selbständigen Teilen bestehen: 'Zusammenleben' und 'in demselben Haushalt', so daß gesagt werden könnte, die Ehegatten lebten zwar in demselben Haushalt, aber sie lebten nicht **z u s a m m e n**⁽³⁾. Wrangham J. wies diese Auslegung zurück und erklärte, daß ss.2(5) und 3(6) nur deklaratorische Wirkung hätten, das

(1) Smith v. Smith (1940) P 49; Wilkes v. Wilkes (1943) P 41; vgl. Tolstoy, aaO. S. 77, 78; Naylor v. Naylor (1962) P 253; ebenso unter dem neuen Recht: Hollens v. Hollens (1971) 115 Sol.J. 327

(2) (1972) 1 AllER 289; (1972) 1 WLR 321, per Wrangham J.

(3) vgl. Tolstoy S. 98, 99

bisherige Recht also unverändert weitergelte⁽¹⁾. Die Entscheidung bestätigt die Befürchtung Bartons, daß auch unter dem neuen Scheidungsrecht Ehegatten als zusammenlebend im Sinne des Gesetzes behandelt werden müssen, deren Zusammenleben nur von entschiedensten Pessimisten als normales Eheleben angesehen werden könne⁽²⁾. Mit den Zielen des neuen Scheidungsrechtes ist diese Rechtslage nur schwer in Einklang zu bringen⁽³⁾.

Die Berechtigung dieser Kritik wird durch die Tatsache unterstrichen, daß die Ehe in einer späteren Verhandlung aufgrund der Fehlverhaltensgeneralklausel in s.2(1)(b) geschieden wurde⁽⁴⁾.

Im Gegensatz zum Fall Bradley v. Bradley⁽⁵⁾ sprach diesmal das tatsächliche Zusammenleben nicht gegen die Klägerbehauptung der Unvernünftigkeit des Zusammenlebens, da das letzte halbe Jahr vor Klageerhebung räumlich getrennt verbracht worden war. Durch das Festhalten des Richters am überkommenen Haushaltsbegriff, der sich an räumlichen und Dienstleistungskriterien orientiert, mußte auf die überholte Konzeption der 'fiktiven' Verlassung⁽⁶⁾ zurückgegriffen werden, um eine Ehe zu scheiden, die seit mehr als zwei Jahren aufgehört hatte, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu sein.

Nach den Umständen des Falles ist dies umso bedauerlicher, als die Ehegatten ihr räumliches Zusammenleben nur deshalb zunächst aufrechterhalten hatten, um besser für ihre Kinder sorgen zu können⁽⁷⁾.

(1) aaO.; bestätigt in Santos v. Santos (1972) 2 ALLER 255 hinsichtlich s.2(5). Aber siehe Todd, 'Living together' in the Divorce Reform Act, (1972) 2 Fam. Law 112, der für eine Differenzierung von s.2(5) und s.3(6) eintritt.

(2) Barton, aaO. S. 350

(3) vgl. Freeman, aaO.

(4) siehe Cole, Single Household Divorces, (1974) 124 NLJ 172

(5) siehe S. 152 f.

(6) siehe S. 130 ff.

(7) Wrangham J., aaO.

Da andererseits die Rechtsprechung grundsätzlich die von der Law Commission formulierten Ziele als authentische Interpretation der 'Ratio' des Gesetzes anerkannt hat⁽¹⁾, zeigt sich eine Inkonsistenz der Entscheidungspraxis, die der Klärung durch den Court of Appeal bzw. das House of Lords bedarf. Die Ursache der unterschiedlichen Auslegung des Gesetzes dürfte in der Methode der Gesetzesanwendung liegen, die vom Grundsatz der Literalinterpretation ausgeht⁽²⁾. Der Buchstabe des Gesetzes in s.2(5) ist tatsächlich identisch mit dem früheren Recht und daher grundsätzlich ebenso auszulegen. Bei diesem Vorgehen wird jedoch allzuleicht der Kontext der Bestimmung sowie die Reformeigenschaft des Gesetzes außer acht gelassen. Scarman LJ. hat inzwischen in *Trippas v. Trippas* erklärt, daß bei der Anwendung des Gesetzes immer dessen Reformcharakter beachtet werden müsse⁽³⁾.

bb) Fuller v. Fuller

In *Fuller v. Fuller*⁽⁴⁾ hatte der erstinstanzliche Richter den Reformcharakter ebenfalls übersehen und s.2(5) daher nach der früheren Rechtsprechung zum Getrenntleben infolge böswilliger Verlassung ausgelegt.

Die Ehefrau hatte 1964 mit den zwei Kindern der Ehe die eheliche Wohnung verlassen und fortan mit einem anderen Mann unter dessen Namen zusammengelebt. Nach schwerer Krankheit konnte der Ehemann nicht mehr auf sich selbst gestellt leben und bezog als Untermieter Quartier in der Wohnung seiner Frau, die für seine Wäsche und Verpflegung sorgte. Dafür entrichtete er einen wöchentlichen Beitrag. Nach den Grundsätzen der früheren Rechtsprechung waren von der Ehefrau

(1) siehe S. 31, 87 f.

(2) vgl. S. 56

(3) (1973) Fam. 135; (1973) 2 ALLER 1; (1973) 2 WLR 585;
siehe oben S. 64

(4) (1973) 2 ALLER 650; (1973) 1 WLR 730; (1973) 117 Sol.J.
224

'eheliche Dienstleistungen' erbracht worden, so daß kein Getrenntleben vorlag und die Ehe daher nicht nach s.2(1)(e) geschieden werden konnte, obwohl die endgültige Zerrüttung evident war und von der Tatsache unterstrichen wurde, daß der Ehemann eine Einwilligungserklärung abgegeben hatte.

Der Court of Appeal gab der Berufung der Frau statt und erklärte, daß es nicht viel helfe, auf die Entscheidungen zur böswilligen Verlassung im früheren Recht zurückzugreifen, da das Scheidungsreformgesetz ein "reforming act" sei⁽¹⁾. Das Gericht grenzte den Sachverhalt ausdrücklich von Mouncer v. Mouncer⁽²⁾ ab, wo die Einschlägigkeit des früheren Rechts angenommen worden war, und stellte fest, daß die Worte 'with each other' das eheliche Gemeinschaftsverhältnis andeuteten, das 'Zusammenleben als Mann und Frau'. Unter diesen Voraussetzungen hielt es das Gericht für unmöglich, ein Zusammenleben in demselben Haushalt im Sinne von s.2(5) des Gesetzes anzunehmen, wenn die Ehefrau mit dem a n d e r e n Mann als Mann und Frau zusammenlebt und der Ehemann lediglich Untermieter ist.

Der Court of Appeal hat damit eine Abkehr von der den früheren Entscheidungen zugrundeliegenden Eheauffassung vollzogen. Kennzeichen des Zusammenlebens seien nicht so sehr 'eheliche Dienstleistungen' als vielmehr die Lebensgemeinschaft von Mann und Frau. Erreiche das Zusammenleben der Ehegatten nicht mehr diese "Qualität", könne es nicht Aufgabe des Gesetzes sein, das Fortbestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft aufgrund äußerlicher Kriterien zu fingieren.

(1) aaO. per Lord Denning; vgl. S. 63 f.

(2) siehe S. 171 ff.

Wegen der deutlich unterschiedlichen Sachlage - in Fuller v. Fuller bestand zwischen den Ehegatten eine rein geschäftliche Vereinbarung und sie lebten nach der 'Verkehrsanschauung' nicht wie ein Ehepaar - bleibt offen, ob ein Fall wie Mouncer v. Mouncer heute anders entschieden werden würde, nachdem rein äußerlich gesehen das Zusammenleben als Mann und Frau in demselben Haushalt fortbestanden hat.

2. Getrenntleben und endgültige Zerrüttung

Das Gesetz bringt Getrenntleben und endgültige Ehezer-
rüttung in einen Zusammenhang. Das legt den Schluß nahe,
daß das Zerrüttungsprinzip auf das 'factum' des Getrennt-
lebens Auswirkungen hat. Mit anderen Worten: genügt das
'factum' der körperlichen Trennung der Ehegatten bzw. des
Lebens in getrennten Haushalten als Beweis oder bedarf es
der Nachweise eines zusätzlichen subjektiven Merkmals der
Zerrüttung?

Diese Frage war eine der meist erörterten des Scheidungs-
reformgesetzes, bis die Rechtsprechung in Santos v. Santos⁽¹⁾
im Februar 1972 den entscheidenden Spruch tat, der seiner-
seits jedoch eine Reihe von Problemen aufgeworfen hat⁽²⁾.
Bis dahin konnte sich nur auf Präjudizien aus dem Common-
wealth und Amerika bezogen werden, die jedoch allenfalls
'persuasive authority' haben konnten⁽³⁾. Voraussetzung
dafür wäre unter anderem, daß die entsprechenden Scheidungs-
gesetze Australiens, Kanadas, Neuseelands oder einzelner
amerikanischer Staaten substantiell identisch sind⁽⁴⁾.

(1) (1972) Fam. 247; (1972) 2 ALLER 246; (1972) 2 WLR 889 CA

(2) vgl. Cole, aaO., der von der 'apparent obscurity' der
Getrenntlebensdefinition in Santos v. Santos spricht;
vgl. auch S. 181 f., 187 ff.

(3) vgl. Allen, aaO. S. 281; Blumenwitz, aaO. S. 27; Henrich,
aaO. S. 32

(4) vgl. Bates, aaO.; Bromley, aaO.; Rayden, S. 274-276;
Tolstoy, S. 98, 99; Turner, aaO.; Deech, aaO. (1972)
35 MLR 113-128; Holden, aaO.; Finlay, Bissett-Johnson,
Family Law in Australia, S. 330 ff.

Abgesehen von tatsächlichen Unterschieden kann man jedenfalls bereits darüber verschiedener Meinung sein, und so würde diese Rechtsprechung auch von beiden Seiten der Diskussion als Beleg herangezogen: bei Übereinstimmung als Beweis der Richtigkeit der eigenen Auffassung, bei Nichtübereinstimmung zur Unterscheidung und Verdeutlichung der eigenen Position.

a) Objektive Theorie

aa) Getrenntleben als Indikator

Die Meinung, die ein subjektives Element nicht für erforderlich hält, um aus fehlendem Zusammenleben Getrenntleben im Sinne des Gesetzes zu machen – hier objektive Theorie genannt – findet ihre Stütze im Wortlaut und in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Letztere ist allerdings für die Gerichte unbeachtlich. Versuche im House of Lords, eine Klausel in das Gesetz einzufügen, wonach das Getrenntleben erst dann beginnen würde, wenn sich eine Seite aufgrund ehelicher Schwierigkeiten dazu entschlossen hat, waren abgelehnt worden⁽¹⁾. Der Wortlaut von s.2(5) und die zugrundeliegende frühere Rechtsprechung enthalten kein subjektives Element⁽²⁾. Der Schluß liegt daher nahe, daß der Gesetzgeber kein subjektives Erfordernis einführen wollte⁽³⁾. Das faktische Getrenntleben sei ein klares, justiziables Anzeichen für die Zerrüttung, und das System des Gesetzes beruhe auf einfachen klaren Leitlinien für die Beweisführung, sagen die Vertreter der objektiven Theorie, und deshalb sei es wenig sinnvoll, unnötige Untersuchungen

(1) H.L. Hansard vol. 304, col. 1082; siehe Cretney, aaO. S. 296; Brown, Case Law under Act of 1969, (1971) 121 NLJ 1042; Eekelaar, aaO. S. 243

(2) Bates, aaO. S. 419; Bromley, aaO. S. 329; Freeman, aaO. S. 196; Eekelaar, aaO. S. 243

(3) Cretney, aaO. S. 295

über Willensmomente anzustellen, die das Gesetz kompliziert machen⁽¹⁾. Falls ein Ehegatte behaupten wolle, der andere habe erst gegen Ende der Trennungszeit, etwa als Soldat in Übersee, seine Absicht geformt, die Ehe aufzugeben, könne das unter Berufung auf s.2(3) geschehen. Damit sei der Gerechtigkeit in den Fällen Genüge getan, in denen die Trennung nicht aufgrund einer Vereinbarung oder böswilligen Verlassung erfolgt ist, sondern aus nicht ehebezogenen Gründen, wie berufliche Abwesenheit, Krankheit, Krieg, Gefängnisstrafe etc., und der andere Ehegatte auf den Fortbestand der Ehe vertraut hat. Auch ein subjektives Erfordernis würde in diesen Fällen nicht zu einem grundlegend anderen Ergebnis führen, der betreffende Ehegatte müsse dann eben seine innere Entscheidung, sich von der Ehe loszusagen, früher treffen. Werde eine Mitteilung an den Partner verlangt, dann erfülle das de facto den Tatbestand der böswilligen Verlassung. Das könne daher aber nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, der dafür einen eigenen Tatbestand vorgesehen habe⁽²⁾.

bb) Getrenntleben und Aussöhnungsaussichten

Ein gewichtiges Argument der objektiven Theorie ergibt sich aus der Absicht des Gesetzes, die Aussöhnung der Ehegatten zu fördern⁽³⁾. Wenn ein subjektives Element gefordert werde, zwänge das Ehegatten, die sich zur Rettung ihrer Ehe versuchsweise trennen wollen, von ihrem Vorhaben abzulassen, denn, wenn der Versuch fehlschlägt, müßte eine neue Trennung erfolgen mit entsprechend späterem Fristbeginn. Die Ehegatten würden deshalb den Versuch gar nicht erst unternehmen

(1) Cretney, When does 'Living Apart' start?, (1971) 115 Sol. J. 295

(2) Cretney, aaO.

(3) s.3 DRA 1969 sowie 'Long title'; siehe S. 33

und lieber gleich miteinander brechen⁽¹⁾. Aber auch in anderen Fällen bestünde ein grundsätzlicher Anreiz, die Absicht der Ehebeendigung so früh wie möglich zu formen und beweisbar niederzulegen. In vielen hoffnungsvollen Fällen könnten daher keine ernsthaften Aussöhnungsversuche mehr gemacht werden. In den Fällen, in denen sich ein Ehegatte wegen Geisteskrankheit in stationäre Behandlung begibt oder zu einer Freiheitsstrafe verurteilt ist, würde der andere dafür bestraft, daß er auf einen Heilerfolg bzw. die Entlassung wartet, während die Frist für das Getrenntleben im Sinne des Gesetzes 'ungenützt' zu laufen begonnen hat.

Um sicherzugehen, müßte ihm geraten werden, schon zu Beginn der Trennung sofort beweisbar die Absicht zu formen, das Zusammenleben nicht wieder aufzunehmen. Andernfalls müßte dieser Ehegatte, nachdem er die Hoffnung aufgegeben hat, erneut mehrere Jahre auf die Scheidung warten: Dies erscheint umso eher ungerecht, als das Scheidungsreformgesetz keine Sondertatbestände für Geisteskrankheit und langjährige Freiheitsstrafen kennt⁽²⁾.

cc) Zeitpunkt der endgültigen Zerrüttung

Schließlich sei zugunsten der objektiven Theorie noch ein weiterer Gesichtspunkt des Reformgesetzes erwähnt, auf den Freeman hingewiesen hat, und der jetzt auch indirekt Anerkennung durch die Rechtsprechung gefunden hat: Freeman sagt, daß

- (1) Bromley, aaO. S. 332, unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Full Court of New South Wales, in der das Gericht in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden hatte, daß die Zeit ab der Trennung für die Ermittlung der Zerrüttung zählen sollte, sofern die Erwartungen der Ehegatten nicht erfüllt würden: Macrae v. Macrae (1967) 9 FLR 441, 464
- (2) Im Gegensatz zu den Scheidungsgesetzen des Commonwealth: Geisteskrankheit ist in Australien und Neuseeland ein eigener Scheidungsgrund, Verurteilungen bzw. Gefängnis-aufenthalt in beiden Ländern und außerdem in Kanada: Holden, Divorce in the Commonwealth, aaO. S. 68, 69

sich das Gesetz mit dem Zustand der Ehe zur Zeit der Klageerhebung befasse, nicht zum Zeitpunkt des Auseinandergehens⁽¹⁾. Daher sei es gleichgültig, zu welchem Zeitpunkt die Ehegatten die Absicht formten, die Ehebeziehungen nicht mehr aufzunehmen⁽²⁾. Ormrod J. stellte demgegenüber fest, daß der Zeitpunkt, wann die Ehe endgültig zerrüttet sein muß, der der mündlichen Verhandlung sei. Würde verlangt werden, daß die Zerrüttung schon früher, etwa bei Klageerhebung endgültig gewesen sein müsse, würde das die gesetzlichen Aussöhnungshandhaben für das Scheidungsverfahren und die richterliche Entscheidung über die Zerrüttung obsolet machen, und somit dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen⁽³⁾. Wenn das Gesetz nur auf die endgültige Zerrüttung zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abstellt, erscheint es widersprüchlich, diese für das Getrenntleben bereits von Anfang an und ununterbrochen für dessen volle Dauer zu verlangen.

Die objektive Theorie ist vor allem von Cretney⁽⁴⁾ formuliert worden. Ausdrücklich oder implizit zustimmend haben sich Bromley⁽⁵⁾, Freeman⁽⁶⁾, Brown⁽⁷⁾, Bates⁽⁸⁾, Waters⁽⁹⁾ und Puxon⁽¹⁰⁾ geäußert.

(1) ebenso Levin, aaO. S. 637

(2) Freeman, aaO. S. 196

(3) Pheasant v. Pheasant (1972) Fam. 202; (1972) ALLER 587; (1972) WLR 353

(4) When does 'Living Apart' start?, aaO.

(5) Family Law, (4th.ed.) S. 212; aber einschränkend jetzt unter dem Eindruck von Santos v. Santos: 'Living Apart' in the Law of Divorce, (1972) 88 LQR 328

(6) The Search for a Rational Divorce Law, aaO.

(7) Case Law under Act of 1969, (1971) 121 NLJ 1042

(8) Separation and Desertion - A Commonwealth Postscript, (1971) 34 MLR 418; ders., Desertion and Separation under the New Law - A Commonwealth Survey, Journal of the Association of Law Teachers, 5(1971) 6

(9) Divorce Reform Act 1969, Retrospect II, (1972) 116 Sol.J. 326

(10) Family Law, S. 136 (implizit)

b) Subjektive Theorie

Die Gegenmeinung - hier subjektive Theorie genannt - wird im Schrifttum vor allem von Rayden⁽¹⁾ vertreten. Tolstoy scheint ihr ebenfalls anzuhängen⁽²⁾, desgleichen Levin⁽³⁾ und Eekelaar⁽⁴⁾. Der Court of Appeal hat sich in Santos v. Santos⁽⁵⁾ für diese Auffassung entschieden. Wenn dieses Urteil auch einige Fragen offenläßt⁽⁶⁾, so ist damit doch die grundsätzliche Entscheidung gefallen. Soweit sich das Gericht die Argumente zueigen gemacht hat, erübrigt sich daher eine eingehendere Erörterung des Meinungsstreits im Schrifttum.

aa) Identität von Getrenntleben und endgültiger Zerrüttung.

Im Gegensatz zur objektiven Theorie hat der Court of Appeal einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Zerrüttungsprinzip und factum des Getrenntlebens angenommen. Das factum muß die Zerrüttung b e w e i s e n , nicht nur indizieren. Getrenntleben im Sinne des Gesetzes muß daher mehr sein, als 'nicht in demselben Haushalt leben', d. h. das 'Substratum' der Ehe muß weggefallen sein.

Mit anderen Worten: Getrenntleben im Sinne des Scheidungsreformgesetzes hat eine objektive Seite, das Leben in getrennten Haushalten, und eine subjektive Seite, fehlender Wille zur Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft.

(1) siehe S. 273 - 276 aaO.

(2) siehe S. 100aaO.

(3) The Divorce Reform Act 1969, (1970) 33 MLR 632, 637

(4) Family security and family breakdown, S. 243, 244

(5) aaO.; siehe S. 175 FN1

(6) vgl. Cole, aaO.; Bromley, aaO. (1972) 88 LQR 331; Bissett-Johnson, aaO. S. 8; Brown, The Act of 69. The First Year, (1972) 122 NLJ 529

bb) Kontinuität und Kongruenz der englischen und
der Commonwealth Rechtsprechung

Diese beiden Bestandteile des Begriffs Getrenntleben waren auch vom neuseeländischen Court of Appeal in der Entscheidung Sullivan v. Sullivan als konstitutiv angesehen worden⁽¹⁾. Das englische Gericht zog diese und eine Reihe weiterer Entscheidungen zu einschlägigen Commonwealth-Gesetzen heran und kam zu dem Schluß, daß sich in diesen Ländern⁽²⁾ ein bestimmtes Muster von 'non-fault-breakdown'-Gesetzen entwickelt und sich dazu ein klarer und einheitlicher 'Strom' der Rechtsprechung herausgebildet habe, der die physische Trennung allein als nicht ausreichend für ein Getrenntleben im Sinne des Scheidungsrechts ansieht⁽³⁾. Es könne davon ausgegangen werden, daß der Law Commission diese Gesetzgebung und Rechtsprechung beim Entwurf des Scheidungsreformgesetzes bekannt gewesen seien⁽⁴⁾.

Der Wunsch nach Beibehaltung der Rechtseinheit mit den Common Law Rechtsordnungen des Commonwealth, der den Court of Appeal bei jener Entscheidung offensichtlich geleitet hat, ist allerdings per se noch kein ausreichendes Argument für die Auslegung eines englischen Gesetzes nach Commonwealth Präjudizien. Die erforderliche Gleichartigkeit der gesetzlichen und dogmatischen Voraussetzungen steht aber im Zweifel⁽⁵⁾, und entgegenstehende Entscheidungen aus dem Commonwealth, die es auch gibt⁽⁶⁾, wurden im Urteil nicht berücksichtigt.

(1) (1958) NZLR 924, per Turner J.

(2) Australien, Kanada, Neuseeland

(3) Santos v. Santos, aaO.

(4) In der Tat hat die Law Commission die Scheidungsgesetze von Neuseeland, Australien und New York und die damit gewonnenen Erfahrungen berücksichtigt: Cmnd. 3123, paras. 67, ff, S. 35 ff.

(5) Kritisch daher Bromley, aaO.; vgl. Eekelaar, aaO.; Cretney, aaO.

(6) z. B. Macrae v. Macrae (1967) 9 FLR 441; Kallwies v. Kallwies, (1970) 12 DLR 206; vgl. Deech, aaO. S. 118

Gleichermaßen auf Kritik stoßen die Bezugnahmen auf englische Präjudizien aus dem Straf- und Steuerrecht⁽¹⁾. Das Gericht geht dabei von dem Grundsatz aus, daß der Begriff des Getrenntlebens in der Rechtsordnung einheitliche Anwendung finden müsse. Auch diese Argumentation überzeugt nur hinsichtlich des Grundsatzes; Ausnahmen davon sind aber bei einem 'reforming act' wenn nicht angezeigt, so doch zumindest denkbar. Die frühere Rechtsprechung zum Begriff des Haushaltes diene dem Gericht ebenfalls als Beweis für die Notwendigkeit eines subjektiven Merkmals, da Haushalt ein ehelicher Zustand und damit mehr als ein bloßer Sachinbegriff sei⁽²⁾. Da diese Rechtsprechung zur Eheverfehlung der böswilligen Verlassung entwickelt wurde, kommt ihr für s.2(1)(c) bis (e) jedoch nur noch Indizwirkung zu⁽³⁾.

cc) Aufgabe des 'consortium vitae'

Ausschlaggebende Bedeutung kommt dem Teil des Urteils zu, der sich mit der Konzeption und den einschlägigen Einzelbestimmungen des Scheidungsreformgesetzes selbst auseinandersetzt.

Ausgangspunkt der Auslegung waren die Fälle, in denen ein de-facto-Getrenntleben freiwilliger oder unfreiwilliger Art vorliegt, die Ehegatten sich jedoch nach wie vor in ehelicher Lebensgemeinschaft befinden; Diplomaten und Geschäftsleute in Übersee, Patienten in langjähriger stationärer Behandlung, Kriegsgefangene, Gefängnisinsassen oder einfach Weltreisende. Würde man in diesen Fällen das faktische Getrenntleben für ausreichend ansehen, hätte das Härten und "absurde" Ergebnisse zur Folge⁽⁴⁾.

- (1) R. v. Creamer (1919) 1 KB 564; Eadie v. Inland Revenue Comrs. (1924) 2 KB 198; Nugent-Head v. Jacob (1947) AC 321
(2) vgl. S. 159 sowie S. 169 zum Stichwort 'Getrenntleben'
(3) vgl. S. 63 f.
(4) Sachs LJ. in Santos v. Santos, aaO.

Erstere kommen vor allem bei s.2(1)(e) in Betracht, da dann nach fünf Jahren des Getrenntlebens keine Einwilligung des anderen Gatten erforderlich ist: als Beispiel wird immer wieder der Fall zitiert, daß eine Frau 5 Jahre lang zu ihrem Mann hält, der eine längere Freiheitsstrafe verbüßt, nur um zu erleben, daß er sich sofort nach seiner Entlassung aufgrund von s.2(1)(e) scheiden läßt.

Vornehmlich "absurde" Ergebnisse wären die Folge eines ausschließlich objektiven Tatbestandes bei der Einwilligungsscheidung: Aufgrund von s.3(5)⁽¹⁾ könnte ein Soldat auf Heimaturlaub während der vergangenen zweieinhalb Jahre bis zu sechs Monate mit seiner Frau zusammengelebt haben, bis die Ehegatten am letzten Tag in Streit geraten und gemeinsam die Scheidung nach s.2(1)(d) beantragen. Sofern sie keinen Nachweis darüber erbringen müssen, daß sie die Ehe schon seit zweieinhalb Jahren als gescheitert ansehen, müßte die Scheidung aufgrund des de-facto-Getrenntlebens ausgesprochen werden.

Die subjektive Theorie stellt in diesen Fällen auf das 'consortium vitae' ab und fragt, ob die Ehegatten während des de-facto-Getrenntlebens die Ehe als fortbestehend angesehen haben⁽²⁾. Die Frist für das tatbestandliche Getrenntleben beginnt daher erst zu laufen, wenn die Willensentscheidung der Ehegatten erfolgt ist, die Ehe nicht mehr fortsetzen zu wollen.

dd) Publizität der Willensentschließung

Es ist offensichtlich, daß die subjektive Theorie dem Gericht eine schwierige Untersuchung in die Willenssphäre der Ehegatten auferlegt. Diese Aufgabe würde erleichtert, wenn notwendigerweise beide Ehegatten übereinstimmend das 'consortium vitae' beenden müßten oder wenn der Entschluß des jeweiligen

(1) siehe S. 39, 296

(2) Sachs LJ., in Santos v. Santos, aaO.

Gatten mitteilungsbedürftig wäre. Unter Hinweis auf Zweck und Eigenart der ss.2(1)(e) bzw. 2(1)(c) weist der Court of Appeal diese Folgerung aus der subjektiven Theorie zurück. Das Mitteilungserfordernis würde außerdem ss.2(1)(d) und (e) in gefährliche Nähe zur böswilligen Verlassung bringen, die aber einen eigenen Tatbestand ja wohl gerade deshalb erhalten hat, weil sie sich vom Getrenntleben durch die o f f e n e Absicht unterscheidet, die eheliche Lebensgemeinschaft zu beenden. Was übrigbleibt, ist die subjektive Tatbestandsvoraussetzung, daß einer der Ehegatten das 'consortium vitae' als beendet ansehen und diese Meinung - ohne sie notwendigerweise dem anderen erkennbar zu machen - für die Dauer des Getrenntlebens aufrechterhalten muß⁽¹⁾. Ob dieses Merkmal justiziabel und geeignet ist, die vorstehenden "unbilligen" und "absurden" Ergebnisse der objektiven Auffassung zu vermeiden, ist fraglich. Anders ausgedrückt: Wenn die Frau des Gefangenen nichts vom Entschluß ihres Mannes erfährt, kann sie sich nicht anders verhalten als im Beispiel⁽²⁾ und die Scheidung nicht vermeiden. Wenn das Soldatenehepaar⁽³⁾ in der Klageschrift auch noch versichert, daß sie schon seit zweieinhalb Jahren nicht mehr an den Fortbestand der Ehe geglaubt hätten, wie kann dann ein anderes rechtliches Ergebnis erzielt werden?

Der Court of Appeal hat sich mit den Beweisschwierigkeiten des subjektiven Elements ausführlich auseinandergesetzt, sah diese jedoch nicht als ausreichende Begründung für die These an, das Gesetz habe allein deswegen schon nur auf das objektive Getrenntleben abgestellt. Zum einen seien diese Schwierigkeiten jedem Gesetz inhärent, das diesen Gegenstand regelt, zum anderen würden dieselben jedoch durch die

(1) Als Kurzformel für dieses Merkmal ist der Begriff 'cessation of consortium' gebräuchlich; vgl. Law Commission, No. 15, para. 4, S. 32

(2) siehe oben S. 178, 183

(3) siehe oben S. 183

"Ungerechtigkeiten und Unstimmigkeiten", die sich aus der objektiven Theorie ergäben, bei weitem aufgewogen⁽¹⁾. Das ganze Konzept der Zerrüttung, die 'endgültig' zu sein habe, führe im übrigen zu Wertungen von Willenshaltungen, sobald es zu einer Untersuchung des Falles gemäß s.2(3) komme⁽²⁾.

Die entscheidende Begründung ist jedoch eine rechtspolitische: das Scheidungsreformgesetz habe nicht die einfache Konventionalscheidung⁽³⁾ einführen wollen: die Ratio des Gesetzes sei ganz im Gegenteil die, sicherzustellen, daß unter den Tatbeständen (c)(d) und (e) eine Zerrüttung nur dann als endgültig beurteilt wird, wenn sie über einen bestimmten Zeitraum hinweg bestanden hat⁽⁴⁾. Wenn das so ist, dann muß auch sichergestellt werden, daß die Beurteilung des Zerrüttungszustandes der Ehe durch das Gericht erfolgt und nicht den Parteien überlassen wird. Da die Scheidungsklagen unter s.2(1)(d) normalerweise unstreitig sind, gäbe es für das Gericht keinerlei Handhabe, die Zerrüttungsvermutung zurückzuweisen. Diese Handhabe erhält das Gericht mit dem subjektiven Tatbestandsmerkmal: der Kläger muß den Beweis erbringen, daß entweder er selbst oder der Beklagte während der gesamten Laufzeit der gesetzlichen Frist die Absicht hatte, das eheliche Zusammenleben nicht wiederaufzunehmen. Entsprechende Beweismittel muß er mit seiner Klage anbieten.

ee) Untersuchungspflicht des Gerichts

Die prozessualen Konsequenzen aus Santos v. Santos werden aus diesem Grunde die wichtigste Wirkung dieser Entscheidung auf die Rechtspraxis sein⁽⁵⁾. In allen Fällen von s.2(1)(d)

(1) Santos v. Santos, aaO.

(2) vgl. S. 79 ff.

(3) "divorce by consent simpliciter"

(4) vgl. Bromley, aaO. S. 330; Eekelaar, aaO. S. 240

(5) Bromley, aaO. S. 331; Bissett-Johnson, aaO.

und (e), in denen das Getrenntleben auf freiwilliger Basis begann, werden die Gerichte folgende Punkte äußerst sorgfältig prüfen müssen: Wie ist die Trennung zustande gekommen? Welche Einstellung zur Ehe hatten der Kläger und der Beklagte im Zeitpunkt der Trennung? Wurde zufriedenstellend nachgewiesen, daß damals oder zu einem späteren und zu welchem Zeitpunkt der Kläger/Beklagte aufgehört hatte, die Ehe als fortbestehend anzusehen? Hat er sie im Gegenteil als in Wirklichkeit leere Rechtsform angesehen und die Absicht gehabt, nie mehr zum Ehepartner zurückzukehren? Das ist das Prüfungsverfahren, das der Court of Appeal in diesen Fällen angelegt wissen will⁽¹⁾, und unzweifelhaft haben diese Feststellungen über die speziellen Sachverhalte und Tatbestände hinaus mittelbare Wirkung auf die Zerrüttungsuntersuchung der Gerichte schlechthin, denn der Court of Appeal mahnt die Gerichte⁽²⁾ an ihre Aufgabe unter dem Scheidungsreformgesetz mit dem dictum: "Es ist manchmal gesagt worden, das Ziel des Gesetzes sei es, die Ehescheidung einfach zu machen, aber das scheint kaum richtig zu sein, wenn das Gesetz diese in einigen Fällen sogar erschwert hat, wie s.2(1)(a) und die Ausöhnungsvorschriften der s.3 bezeugen. Während das Gesetz von 1969 de facto zusätzliche Scheidungsgründe eingeführt hat, ist es doch eher zutreffend zu sagen, daß es der Zweck des Gesetzes ist, diejenigen Ehen aufrechterhalten zu helfen, die sich nicht bereits auf die bloße Rechtsform reduziert haben..." Nach Meinung des Gerichtes sei es nach wie vor die vom Gesetzgeber gestellte Aufgabe, in den vorgelegten Verfahren richterliche Sorgfalt walten zu lassen, anstatt Scheidungen automatisch gutzuheißen⁽³⁾.

- (1) Santos v. Santos, aaO.; Das Gericht spricht hier nur vom Kläger. Das hat seine Ursache in der Lage des Falles. Ratio decidendi ist, wie nachgewiesen wurde, daß die Haltung eines Ehegatten allein schon ausreicht, gleichgültig, ob Kläger oder Beklagter. Diese Stelle der Entscheidung in Santos v. Santos hat aber bereits zu Mißverständnissen in der Rechtsprechung geführt: siehe Baker P. in Beales v. Beales (1972) 2 AllER 671; (1972) 2 WLR 977; vgl. Bromley, aaO. S. 332
- (2) Das Gericht spricht nach der Lage des Falles von den Gerichten der 1. Instanz in unstreitigen Fällen, den County Courts
- (3) aaO. per Sachs LJ.; vgl. Bissett-Johnson, The Continued Relevance of the Fault Principle in Matrimonial Law (1973) 3 Fam. Law 8

c) Wertung und Konsequenzen der Entscheidung Santos v. Santos

aa) Verwirklichung des Zerrüttungsgrundsatzes

Vom Zerrüttungsprinzip her betrachtet, ist die Entscheidung des Court of Appeal zu begrüßen. Sie stellt klar, daß der Grundsatz in s.1 des Gesetzes kein bloßer Programmsatz ist, an dem die Praxis in der Sache vorbeigeht, sondern eine Grundsatznorm, die die Beweistatbestände der s.2(1) gestaltend durchdringt. Ein Scheidungsrecht, das auf diesem Prinzip beruht, will nur Ehen scheiden, die tatsächlich und endgültig zerrüttet sind. Der Zweck der Getrenntlebenstatbestände ist daher nicht, lediglich die Zerrüttung nachzuweisen. Diese wird durch die Klage allein bereits sichtbar, erst recht, wenn der andere Ehegatte einwilligt. Diese Tatbestände sollen das Andauern der tatsächlichen Zerrüttung über einen längeren Zeitraum und damit deren Endgültigkeit (widerlegbar) beweisen⁽¹⁾. Nur diese Auslegung kann die gesetzliche Beweisvermutung dieser Tatbestände in einem Zerrüttungsscheidungsrecht rechtfertigen. Der Nachweis einer mehr oder minder zufälligen räumlichen Trennung der Ehegatten ist zu wenig, um diese Beweisfunktion zu erfüllen.

Das Getrenntleben muß Ausdruck der ehelichen Zerrüttung sein. Häufig wird sich das aus einer Trennungsvereinbarung oder aus den Umständen, unter denen die Trennung zustandekam, objektiv erkennbar ergeben. In den Fällen, in denen objektive Ursachen des Getrenntlebens vorliegen, die nicht oder nicht unmittelbar ehebezogen sind, wie Krankheit, berufliche Abwesenheit etc., können nur Erhebungen im subjektiven Bereich der Ehe-sphäre Aufschluß über eine Zerrüttung geben. Es ist durchaus möglich, daß die berufliche Ortsveränderung oder der ausgedehnte Kuraufenthalt ihre eigentliche Ursache bereits in der Zerrüttung der Ehe hatten. Der äußere Anschein spricht jedoch nicht dafür, und nur die inneren Gründe des oder der Ehegatten können diese Vermutung widerlegen.

(1) vgl. Eekelaar, aaO. S. 243; Cretney, aaO. S. 295

Im Sinne des Zerrüttungsprinzips ist es daher folgerichtig, wenn der Court of Appeal in diesen Fällen nicht nur dem Kläger die Beweispflicht, sondern auch dem Gericht eine Untersuchungspflicht für den Zustand der Ehe während der Dauer des Getrenntlebens auferlegt.

Santos v. Santos scheint mit diesem Ergebnis in einem gewissen Gegensatz zur Entscheidung Ash v. Ash⁽¹⁾ zu stehen, in der Bagnall J. feststellte, daß das Gericht nur dann nach s.2(3) des Gesetzes zu entscheiden habe, ob die Ehe endgültig zerrüttet ist, wenn diese Frage unter den Ehegatten streitig ist⁽²⁾. Letztere Entscheidung beweist aber nur, daß es unter den Verfehlungstatbeständen der s.2(1)(a)(b)(c) normalerweise gar nicht zu einer positiven Feststellung der endgültigen Zerrüttung der Ehe kommt und verdeutlicht damit die Unzulänglichkeit dieser Tatbestände im Zerrüttungscheidungsrecht. Wie die Untersuchung dieser Tatbestände gezeigt hat, wird implizit jedoch bei streitigen Scheidungen in der Regel auch die endgültige Zerrüttung festgestellt und aus diesem Grunde bedarf es dann keiner zusätzlichen Prüfung nach s.2(3) mehr⁽³⁾.

Anders ist die Situation bei den Getrenntlebenstatbeständen. Sie sind echte Zerrüttungstatbestände und verlangen daher, wie Santos v. Santos deutlich gemacht hat, einen positiven Zerrüttungsnachweis bereits auf der Tatbestandsebene. Section 2(3) selbst manifestiert den Willen des Gesetzgebers, die Entscheidung über die Frage der endgültigen Zerrüttung dem Gericht und nicht den Parteien zu überlassen. Section 2(2) legt den Gerichten die Untersuchungspflicht auf. Diese Vorschriften sind es letztendlich, denen der Court of Appeal zur Beachtung in der Praxis verholfen hat⁽⁴⁾.

(1) (1972) Fam. 135; (1972) 1 ALLER 582; (1972) 2 WLR 352

(2) siehe S.71 ; vgl. Brown, aaO. S. 530

(3) siehe S.69 ff., 72, 103 ff.

(4) vgl. Beales v. Beales (1972) 2 ALLER 672

bb) Versachlichung des Scheidungsverfahrens

Daß Untersuchungen in die subjektive Seite einer Ehe sehr schwierig sein können, war dem Gericht bewußt: man hat diese Schwierigkeiten aber in Kauf genommen, um den Zweck des Gesetzes erreichen zu können⁽¹⁾. Insoweit hat Santos v. Santos das Scheidungsverfahren erschwert und mit dem subjektiven Element naturgemäß auch die Gefahr subjektiver Behauptungen und Anschuldigungen im Scheidungsprozeß heraufbeschoren⁽²⁾. Unzweifelhaft steht das in Widerspruch mit der angestrebten Versachlichung des Scheidungsverfahrens, die ja eines der Ziele des Scheidungsreformgesetzes ist⁽³⁾. Dieser Kritik an der Entscheidung des Court of Appeal ist entgegenzuhalten, daß in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, wenn eine tatsächliche mehrjährige Zerrüttung vorgelegen hat, der Nachweis derselben ohne Schwierigkeiten gelingen wird. Dies muß insbesondere für die Einwilligungs-scheidung gelten, wo ja in vielen Fällen eine entsprechende Mitwirkung des anderen Ehegatten erwartet werden kann.

Für den verbleibenden Rest von Sachverhalten, auf die sich das Prüfungsverfahren des Gerichts⁽⁴⁾ nicht anwenden läßt - z. B. wenn beide Ehegatten geisteskrank sind - hat sich der Court of Appeal ausdrücklich eine Entscheidung nach anderen Gesichtspunkten, etwa der Hoffnungslosigkeit der Situation, vorbehalten⁽⁵⁾. Er hat deshalb auch davon abgesehen, Begriffe wie 'consortium' oder 'Wegfall des consortium' zu definieren⁽⁶⁾.

(1) siehe S. 185 f.

(2) vgl. Brown, aaO. S. 529; Bissett-Johnson, aaO.

(3) vgl. Law Commission, Cmd. 3123, para. 17, S. 11

(4) siehe oben S. 186

(5) Santos v. Santos, aaO.

(6) 'cessation of consortium'

Wenn aber die Zerrüttung gar nicht über den gesetzlichen Zeitraum hinweg bestanden hat und die Parteien eine sofortige Konventionalscheidung - oder einseitige 'Verstoßungsscheidung' -⁽¹⁾ anstreben, dann sollte in einem Zerrüttungsscheidungsrecht die Untersuchung des wahren Zustands der Ehe erst recht Vorrang vor der Gefahr eines 'unerfreulich' verlaufenden Scheidungsverfahrens haben. Wer die Versachlichung des Scheidungsprozesses als absolutes Ziel des Scheidungsrechts vertritt, der muß in diesen Fällen für eine offene Konventionalscheidung eintreten. Er verläßt dann allerdings die Basis des Zerrüttungsprinzips und stellt sich in Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers, der mit dem Scheidungsreformgesetz grundsätzlich Ehen stärken und nur dann scheiden will, wenn sie endgültig zerrüttet sind⁽²⁾. Auf diese Rangordnung der Ziele des Gesetzes hat der Court of Appeal zurecht hingewiesen.

In diese Gefahr der Fehleinschätzung des Zerrüttungsprinzips begeben sich auch die Vertreter der objektiven Theorie, die der Sache nach ebenfalls eine offene Konventionalscheidung anstreben⁽³⁾.

Gleiches muß für diejenigen Kritiker des Scheidungsreformgesetzes gelten, die s.2(1)(d) mit der Begründung angreifen, diese Bestimmung trage wegen ihrer Zweijahresfrist der Rechtswirklichkeit nicht genügend Rechnung. Ehepaare, die eine schnelle Scheidung haben wollten, würden nach wie vor auf Ehebruch ausweichen und damit die "alte Scharade von der heimlichen Konventionalscheidung" aufführen⁽⁴⁾. Der Frage, ob diese Kritik sachlich gerechtfertigt ist, kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht nachgegangen werden⁽⁵⁾.

(1) 'divorce by repudiation' im Fall von s.2(1)(e) DRA 1969

(2) Santos v. Santos, aaO. in Übereinstimmung mit der Law Commission, Cmnd. 3123, para. 15, S. 10

(3) siehe S.185 ff.

(4) Freeman, aaO. S. 193, 194; Ebenso Lord Simon, aaO. S.3234

(5) vgl. dazu Waters, aaO. (1970) 114 Sol. J. 728

Offensichtlich ist, daß die Alternative zu s.2(1)(d) nur eine erheblich kürzere Trennungszeit und damit die offene Konventionalscheidung wäre, da dann keine hohe Wahrscheinlichkeit mehr für die Vermutung der endgültigen Zerrüttung der Ehe sprechen kann⁽¹⁾

Zur Frage der Versachlichung des Scheidungsverfahrens sei abschließend der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, daß das subjektive Merkmal in s.2(1)(d) deutlich vom Schuldmerkmal der Eheverfehlungstatbestände zu unterscheiden ist: Es geht hier nicht darum, schuldhaftes Fehlverhalten oder die Verantwortlichkeit für die Zerrüttung festzustellen⁽²⁾. Aus diesem Grunde hat der Court of Appeal auch eine Mitteilungsbedürftigkeit der ehefeindlichen Willensentscheidung abgelehnt⁽³⁾. Eben um diese objektiv feststellbare Einstellung zur Ehe geht es. Hält auch nur ein Ehegatte und sogar unbemerkt vom anderen die Ehe für unwiederbringlich gescheitert und kann das nachweisen, dann ist die Zerrüttungsscheidung sachlich gerechtfertigt, vorausgesetzt, daß die Ehegatten außerdem ohnehin physisch getrennt leben⁽⁴⁾. Dann ist nämlich die psychische Trennung tatsächlich eingetreten, die das Ende des 'consortium vitae' kennzeichnet.

cc) 'Relative' Gerechtigkeit der subjektiven Theorie

Ein Scheidungsausspruch, der aufgrund der Getrenntlebenstatbestände gegen einen Ehegatten ergeht, der während der Trennungszeit treu zur Ehe gestanden hatte und erst im Verfahren erfährt, daß sich der andere schon vor Jahren innerlich

(1) vgl. Law Commission, aaO. paras. 93-95, S. 45, 46

(2) Rayden, S. 273; Bromley, aaO. S. 333

(3) siehe S. 184

(4) d.h. 'nicht in demselben Haushalt': s.2(5) DRA 1969; vgl. Bromley, aaO. S. 331

von der Ehe losgesagt hatte, erweckt den Anschein, ungerrecht zu sein⁽¹⁾.

Dieses Ergebnis könnte nur dadurch vermieden werden, daß die Mitteilung der Getrenntlebensabsicht an den anderen Gatten bereits zu Beginn der Trennungsperiode verlangt würde⁽²⁾.

Da diese Lösung für die objektive Theorie naturgemäß ausscheidet und für die subjektive Theorie vom Court of Appeal abgelehnt worden ist, weil sie nicht mit dem Zerrüttungsprinzip übereinstimmt, kann keine der beiden Auffassungen den Gesichtspunkt der Gerechtigkeit für sich allein in Anspruch nehmen. Das wäre allerdings von der Sache her auch gar nicht möglich, da schließlich nur entscheidend sein kann, ob die Ehe Aussicht auf Fortbestand hat oder nicht. Rücksichtnahme auf verletzte Gefühle des einen Gatten kann diesen allenfalls über den wahren Zustand der Ehe täuschen, sie aber nicht retten. Es mag zynisch klingen, aber ihm bleibt in den Worten von Sachs LJ. nur die moralische Rechtfertigung, daß es nicht dasselbe ist, sich in das Unvermeidliche zu schicken oder dessen Eintritt zu beabsichtigen⁽³⁾. Es kann hier nicht darum gehen, die Frage nach der 'Gerechtigkeit' von Rechtsnormen allgemein oder von Scheidungsgründen im besonderen zu erörtern. Gerechtigkeit ist aber ein wichtiges Kriterium bei der Abwägung alternativer rechtlicher Lösungsmöglichkeiten. Der Court of Appeal hatte sich bei seiner Ablehnung der objektiven Theorie unter anderem von der Erkenntnis leiten lassen, daß diese zu schweren Ungerechtigkeiten führen würde⁽⁴⁾. Es muß daher gefragt werden,

(1) siehe zum Gesichtspunkt der Gerechtigkeit Bromley, aaO.

(2) siehe oben S. 177 f.

(3) Santos v. Santos, aaO.

(4) siehe oben S. 184 f.

ob die subjektive Lösung in der vom Gericht vertretenen Form zu gerechteren Ergebnissen führt.

Die objektive Theorie erzielt in diesen Fällen ein sachlicheres, aber nur vordergründig gerechteres Ergebnis: der klagende Ehegatte braucht sich über seine Einstellung zur Ehe während der Trennungszeit gar nicht erst zu äußern. Damit sind beide Ehegatten der unangenehmen und oft peinlichen Auseinandersetzung über Vorgänge innerhalb der Ehe enthoben. Das mag dann auch als die für den 'verletzten' Gatten angenehmere und daher bessere Lösung erscheinen.

Wirklichen Vorteil aus dieser Verhinderung der Sachaufklärung zieht jedoch der andere Gatte, der vielleicht sogar bewußt falsche Hoffnungen genährt hatte. Die Gleichbehandlung aller Fälle, ein Vorteil der objektiven Theorie, leistet somit der Willkür im Einzelfall Vorschub.

Die subjektive Theorie gibt demgegenüber dem schutzbedürftigen Gatten doch immerhin Anhaltspunkte zum frühzeitigen Erkennen der Absichten der Gegenseite. Das unbillige Überraschungsmoment wird dadurch gemildert. Bestehen aber noch Hoffnungen auf eine Rettung der Ehe, dann bietet das subjektive Erfordernis dem beklagten Ehegatten die Möglichkeit, bereits auf der Tatbestandsebene den Beweis dafür anzutreten. Der Richter muß dann den wahren Zustand der Ehe erforschen. Nach der objektiven Theorie wäre der Richter dagegen gezwungen, die endgültige Zerrüttung der Ehe zuerst einmal festzustellen. Erst über s.2(3) könnte der beklagte Ehegatte dann versuchen, diese Feststellung zu widerlegen, und ist daher in einer schwächeren Position.

Auch aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten ist daher der subjektiven Theorie der Vorzug zu geben. In der vom Court of Appeal angewandten Form führt sie zu 'relativ' gerechteren Ergebnissen als die objektive Theorie.

dd) Förderung der Aussöhnung der Ehegatten

Die eigentliche schwache Stelle der Entscheidung Santos v. Santos ist ausgerechnet unter einem Gesichtspunkt zu finden, dessen Bedeutung der Court of Appeal gerade in diesem Urteil so sehr hervorgehoben hatte: die Zielsetzung des Scheidungsreformgesetzes, Ehen erhalten zu helfen. Dieses Ziel soll vornehmlich mit Hilfe von s.3(5) erreicht werden⁽¹⁾. Die Ehegatten sollen während der Dauer des Getrenntlebens jederzeit und in welcher Form auch immer bis zu sechs Monaten zusammenleben können, ohne später das Recht auf Scheidung zu verlieren oder befürchten zu müssen, für diese Periode einmal Rechenschaft ablegen zu müssen.

Nach Santos v. Santos muß nun aber jeder Ehegatte, der eine Scheidung begehrt, nachweisen, daß das 'consortium vitae' für die Dauer des Getrenntlebens nicht bestanden hat. Er muß also dafür sorgen, Beweis für den Beginn und die Fortdauer sowie dafür erbringen zu können, daß auch während der Unterbrechung nach s.3(5) das consortium entweder entgegen dem Anschein nicht wiederaufgenommen oder jedenfalls zum Ende der Unterbrechung erneut als nicht bestehend angesehen wurde. Fehlt ein Glied in der Kette, dann beginnt die Frist des Getrenntlebens im Sinne des Gesetzes erst ab Ende der Unterbrechungszeit oder gar nicht zu laufen: Welcher Ehegatte wird sich unter solchen Vorzeichen noch auf einen Aussöhnungsversuch 'ohne Rückversicherung' einlassen? Welcher Versuch kann dann noch ernsthaft sein?

(1) vgl. S. 39 und S. 288 ff.

Die Notwendigkeit, das Fehlen des consortiums beweisen zu müssen, steht daher der Absicht des Gesetzgebers, aussöhnungsfähige Ehen zu retten, diametral entgegen⁽¹⁾.

Im Konflikt der Ziele des Scheidungsreformgesetzes hat sich der Court of Appeal verbal zugunsten des ersten - die Stärkung der Ehe - tatsächlich aber für den Vorrang des zweiten - die Zerstörung leerer Rechtsformen, aber auch nur solcher - entschieden⁽²⁾. Der Grund dafür dürfte in der Befürchtung des Gerichts zu finden sein, das Gesetz könnte als Mittel zur Gewährung schneller Scheidungen mißverstanden werden⁽³⁾. - Die ratio decidendi von Santos v. Santos ist seither in der Entscheidung Fuller v. Fuller ausdrücklich bestätigt worden⁽⁴⁾.

3. Die Scheidungsvoraussetzung der Einwilligung

Die Verwendung des Begriffs Einwilligung (consent) im Gesetz hat zu der weitverbreiteten Übung geführt, s.2(1)(d) kurz als Tatbestand der Konventionalcheidung - 'divorce by consent' - zu bezeichnen⁽⁵⁾. Ähnlich wie bei s.2(1)(b) ist diese Kurzbezeichnung jedoch irreführend⁽⁶⁾.

- (1) Anders die objektive Theorie, die hier-in ihren wichtigsten Vorteil hat, siehe S.177 f.; vgl. Brown, aaO. S. 529, 530; Bissett-Johnson, aaO. S. 8, 9
- (2) vgl. Law Commission, Cmd. 3123, para. 15, S. 10
- (3) siehe die diesbezüglichen Ausführungen von Sachs LJ. aaO.
- (4) (1973) 2 AllER 652 CA, per Lord Denning MR.
- (5) siehe Seidl, aaO. S. 31; Cretney, aaO.
- (6) 'unreasonable behaviour', siehe S.122 f.

a) Die Einwilligung als Rechtsgrund der Scheidung

aa) Einwilligung und offene Konventionalscheidungen

Wie bereits bei der Erörterung der Reformdiskussion in England dargestellt wurde⁽¹⁾, ist die Einführung der offenen Konventionalcheidung zwar diskutiert⁽²⁾, von der Law Commission jedoch nicht in die engere Wahl des 'Field of Choice' aufgenommen worden⁽³⁾. Der Gesetzgeber hat sich für die Zerrüttungsscheidung entschieden und gemäß dem gemeinsamen Vorschlag der erzbischöflichen Studiengruppe und der Law Commission eine Scheidbarkeit der Ehe nach zweijährigen Getrenntleben außer bei böswilliger Verlassung auch für den Fall vorgesehen, daß die Trennung ohne Verfehlung oder sogar aufgrund einer Vereinbarung der Ehegatten zustande gekommen ist⁽⁴⁾. In diesem Falle ist dann allerdings die Einwilligung des beklagten Ehegatten erforderlich, eine logische rechtliche Konsequenz zumindest dann, wenn bereits für das Getrenntleben eine Vereinbarung getroffen worden war. Die Entstehungsgeschichte der Norm ist für die Gerichte unbeachtlich⁽⁵⁾, die Argumentation der Law Commission findet bei den Gerichten jedoch für die Erkennung des Willens des Gesetzgebers Beachtung⁽⁶⁾. Die Kommission vertrat den Standpunkt, daß es unrealistisch sei, eine längere Frist als zwei Jahre Getrenntleben vorzusehen, aus denen die endgültige Zerrüttung gefolgert werden

(1) siehe oben S. 24 f.

(2) Vorschläge vor allem von Lord Simon, aaO.

(3) Cmd. 3123, para. 84, S. 42 und para. 120, S. 54

(4) Law Commission, No. 15, para. 4, S. 31

(5) d.h. nicht, daß der Richter die Entstehungsgeschichte ignorieren muß: siehe dictum von Baker P. in McGill (formerly Robson) v. Robson (1972) 1 AllER 363; (1972) 2 WLR 237

(6) vgl. Lord Denning in Fuller v. Fuller (1973) 2 AllER 652

könnte. "Wenn die Parteien sich getrennt und für eine so lange Zeit wie zwei Jahre getrennt gelebt haben und dann Schritte zur Auflösung der Ehe einleiten oder darin einwilligen, dann sind die Aussichten, daß sie wieder zusammenkommen könnten, gering"⁽¹⁾. Zweifellos sind Beendigung des ehelichen Zusammenlebens und fortdauerndes Unterlassen der Wiederaufnahme untrügliche Anzeichen der endgültigen Zerrüttung⁽²⁾. Wenn das Gericht aber trotzdem Grund zu der Annahme haben sollte, daß immer noch Hoffnung besteht, dann sollte es nach Ansicht der Kommission ermächtigt sein, das Verfahren für eine bestimmte Zeit auszusetzen, um die Möglichkeit einer Aussöhnung auszuloten⁽³⁾.

Eine solche Handhabe hat der Gesetzgeber dem Gericht in s.3(2) eingeräumt⁽⁴⁾. Wird daher s.2(1)(d) in Verbindung mit s.1 und der Begründung der Law Commission interpretiert, dann wird offensichtlich, daß Rechtsgrund der Scheidung nicht die Vereinbarung der Ehegatten, sondern die vermutete endgültige Zerrüttung der Ehe ist⁽⁵⁾. Liegen die Voraussetzungen des Getrenntlebens im Sinne des Gesetzes vor, dann kann ein Gatte auf Scheidung klagen; vom anderen Gatten wird lediglich erwartet, daß er einwilligt, daß ein Scheidungsurteil ergeht. Diese Regelung macht erneut deutlich, daß die Scheidung nicht auf einer Scheidungsvereinbarung oder gemeinsamen Klage, sondern auf der objektiven Zerrüttung beruht. Der Court of Appeal hat in Santos v. Santos diese Auslegung der Einwilligungsscheidung ausdrücklich bestätigt:

(1) Law Commission, Cmnd. 3123, para. 95, S. 46

(2) vgl. Law Commission, aaO. para. 72, S. 36; siehe S.158

(3) Law Commission, aaO. para. 95, S. 46

(4) zum Inhalt der Vorschrift siehe oben S.38 sowie S.278 ff.

(5) Bekelaar, aaO. S. 240

"es war nicht die Absicht des Gesetzgebers, 'divorce by consent simpliciter' einzuführen"⁽¹⁾. Das subjektive Tatbestandsmerkmal hat die Aufgabe, sicherzustellen, daß s.2(1)(d) auch nicht de facto zur offenen Konventionalscheidung führt.

bb) Einwilligung und Zerrüttungsprinzip

Auch wenn die Einwilligungsscheidung nicht mit der offenen Konventionalscheidung identisch ist, so ist andererseits nicht zu leugnen, daß die Möglichkeit, daß die Ehegatten sich über das Getrenntleben und die nachfolgende Scheidung offen einigen können, ohne dazu eine schuldhaftes Eheverfehlung 'konstruieren' zu müssen - wie in s.2(1)(a)(b)(c) - der erste wirkliche Durchbruch in Richtung auf eine offene Konventionalscheidung darstellt⁽²⁾. In diesem begrenzten Umfang ist diese bereits heute Gesetz⁽³⁾. Dieser Zustand als solcher läßt sich durchaus noch mit dem Zerrüttungsprinzip vereinbaren, denn es kann sicherlich davon ausgegangen werden, daß die Ehe, wenn der andere Gatte in die Scheidung einwilligt, erst recht endgültig zerrüttet ist. Die Parteien sind selbst die besten Richter über ihre Ehe⁽⁴⁾.

Im umgekehrten Sinne folgt jedoch aus der Verweigerung der Einwilligung nicht notwendig, daß die Ehe nicht auch trotzdem zerrüttet ist. Insoweit steht daher ein absolutes Zustimmungserfordernis wie in s.2(1)(d) im Gegensatz zum Zerrüttungsprinzip⁽⁵⁾. Wenn die endgültige Zerrüttung der Ehe der alleinige Scheidungsgrund ist und diese 'Situation' nach zwei Jahren des Getrenntlebens gesetzlich vermutet wird, da

(1) aaO., per Sachs LJ.

(2) Puxon, aaO. S. 13, 135

(3) vgl. Bromley, Family Law, S. 212

(4) Law Commission, aaO. para. 73, S. 36

(5) vgl. Müller-Freienfels, aaO. S. 132; siehe aber Wolf, aaO. S. 15; Neuhaus, aaO. S. 50

eine längere Frist 'unrealistisch' wäre, dann darf die Auflösung der Ehe, die zur bloßen Rechtsform geworden ist, nicht von der Einwilligung eines Gatten abhängig gemacht oder im Weigerungsfalle erst nach fünf Jahren des Getrenntlebens gestattet werden. Diese Unterscheidung der Fristen, je nachdem, ob eingewilligt wird oder nicht, ist unlogisch und gibt dem Beklagten (und nicht notwendigerweise einem unschuldigen Beklagten) in die Hand, den Scheidungsauspruch zu verzögern und folglich das Prinzip zu Fall zu bringen, auf dem das Scheidungsreformgesetz ausdrücklich beruht⁽¹⁾.

Das Gesetz hat diese Einschränkung des Prinzips in Kauf genommen. Drei Alternativen zu s.2(1)(d) wären für eine Neuordnung des Scheidungsrechts in Betracht gekommen: Einführung der offenen Konventionalscheidung ohne Getrenntlebensfrist und damit die Aufgabe des Zerrüttungsprinzips, einseitige Zerrüttungsscheidung nach kürzerer Frist als in s.2(1)(d) oder 'reine' Zerrüttungsscheidung ohne Getrenntleben, aber nach eingehender Untersuchung des Zustands der Ehe. Aus mehreren, vor allem rechtspolitischen, Gründen waren diese Alternativen vom Gesetzgeber jedoch nicht als annehmbar angesehen worden⁽²⁾.

b) Das Einwilligungserfordernis als Schutzvorschrift zugunsten des Beklagten

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Einwilligung nicht Rechtsgrund der Scheidung, sondern Prozeßvoraussetzung ist. Als solche ist sie eine Schutzbestimmung zugunsten des Beklagten, der sich keiner Verfehlung schuldig gemacht hat und

{1} Holden, aaO. (1971) 20 ICLQ 69

{2} siehe dazu allgemein eingangs S.24 ff.

die im öffentlichen Interesse liegende Auflösung der zur bloßen Rechtsform gewordenen Ehe auch nicht bis an die Grenze des Annehmbaren - 5 Jahre, dann ist die einseitige Getrenntlebensscheidung nach s.2(1)(e) DRA 1969 möglich - hinauszögern will. Ein Mißbrauch des Schutzes wurde dabei in Kauf genommen, da andernfalls eine Zurechnungsprüfung hätte erfolgen müssen, die das Schuldprinzip in den Getrenntlebenstatbestand eingeführt hätte⁽¹⁾.

Der Schutzgedanke wird dadurch unterstrichen, daß das Gesetz entgegen den Vorschlägen der Law Commission und des Gesetzesentwurfs⁽²⁾ ein positives Zustimmungserfordernis festgelegt hat: fehlender Widerspruch zum Urteil genügt nicht⁽³⁾. Der Kläger muß die Einwilligung des Beklagten beweisen⁽⁴⁾. Die Verfahrensvorschriften, die aufgrund von s.2(6) des Gesetzes ergangen sind, sehen vor, daß der Beklagte mit der Klagezustellung über die Rechtsfolgen seiner Einwilligung und die notwendigen Verfahrensschritte hinreichend informiert wird⁽⁵⁾. Der Beklagte kann dem Gericht gegenüber erklären, ob er einwilligt oder nicht. Er braucht jedoch keine förmliche Erklärung abzugeben, und dem Kläger steht es frei, die Einwilligung des Beklagten auf jede andere geeignete Weise zu beweisen⁽⁶⁾. Der Schutz des Beklagten wird dann dadurch sichergestellt, daß das Gericht auf Antrag des Beklagten das vorläufige Scheidungsurteil annullieren kann,

(1) Law Commission, Cmnd. 3123, para. 98, S. 47

(2) Law Commission, aaO. para. 97, S. 47; Law Commission, No.15, para. 5(1)(c)(ii), S. 30; Gesetzesentwurf von Mr. W. Wilson: clause 2(1)(d), vgl. oben S. 30 ; siehe Passingham, aaO. para. 43, S. 18

(3) McGill (formerly Robson) v. Robson, aaO. siehe S.196 FN 5

(4) Mason v. Mason (1972) 3 AllER 315; (1972) 3 WLR 408 per Baker P.

(5) vgl.S.36 ; Law Commission aaO., para 112, S. 50; Die Frage, ob es sich dabei um Mußvorschriften handelt, ist noch nicht entschieden, muß aber für den Regelfall wohl bejaht werden: Ausnahmen sind in Einzelfällen wohl möglich. McGill (formerly Robson) v. McGill, aaO.; Rayden, Supplement S. B 20

(6) Tolstoy, S. 100; Puxon, aaO. S. 136

wenn dieser vorsätzlich oder fahrlässig irregeführt wurde⁽¹⁾. Der Kläger ist dadurch gezwungen, den Beklagten über jeden Umstand zu unterrichten, der dessen Entscheidung beeinflussen könnte⁽²⁾. Der apathische, der bequeme, der auf Reisen befindliche sowie der religiöse Beklagte, der Gewissensskrupel hat, werden damit geschützt⁽³⁾.

aa) Versachlichung des (streitigen) Verfahrens

Über den Schutz des Beklagten hinaus tragen diese Vorschriften ganz allgemein dazu bei, daß die Ehegatten frei und unbeeinflusst ihre Angelegenheiten regeln und zu einer befriedigenden Übereinkunft kommen können. Das ist eine der wesentlichen, nach Meinung von Brown sogar die hauptsächliche Errungenschaft des Scheidungsreformgesetzes für die Praxis⁽⁴⁾.

Dazu im Widerspruch steht allerdings das Scheidungsverfahrensrecht, das auch bei der Einwilligungsscheidung, bei der beide Ehegatten dieselbe Rechtsentscheidung begehren, das Prinzip der Gegnerschaft der Parteien aufrechterhält⁽⁵⁾. Kläger und Beklagter stehen sich gegenüber, obwohl es in Wirklichkeit um die Ehe als solche geht⁽⁶⁾. Dieses Verfahren in der Form "A. v. A." war im alten Recht der schuldhaften Eheverfehlungen sachlich vertretbar: in einem Scheidungsrecht, in dem beide Ehegatten gemeinsam offen die Scheidung begehren können, hält es unnötigerweise an der Fiktion

(1) s.5 DRA 1969; siehe oben S.37

(2) s.5; Puxon, aaO.

(3) Freeman, aaO. S. 196; vgl. Law Commission, Cmd. 3123, para. 97, S. 46

(4) aaO. S. 529; siehe auch s.7 des Gesetzes: vgl. S.44 f.

(5) vgl. dazu Putting Asunder paras. 28, 41, 86; S. 19, 29, 69

(6) Freeman, aaO. S. 194; Mortlock, aaO. S. 33, 34; Kahn-Freund, aaO. (1967) 30 MLR 183; ders. ebenso bereits aaO. (1956) 19 MLR 584; Friedmann, aaO. S. 254; Mostyn, aaO. (1970) 120 NLJ 487

eines Streits der Parteien fest und steht damit im offenen Gegensatz zur Absicht des Gesetzes, harmonische Beziehungen zwischen den Parteien zu ermutigen⁽¹⁾.

Daß diese Verfahrensfragen keineswegs nur theoretischer Natur oder reine Formfragen sind, sondern sehr wohl die Verhaltensweisen der Parteien beeinflussen, zeigt die Entscheidung Darvill v. Darvill⁽²⁾, in der beide Ehegatten jeweils selbständig Klage erhoben und Scheidung aufgrund von s.2(1)(d) beantragt hatten. Mittels des auf diese Weise streitig gewordenen Verfahrens wollten die Ehegatten erreichen, daß jeder von ihnen ein Urteil gegen den anderen erhalte. Stirling J. sah sich gezwungen, unter den besonderen Umständen des Falles beiden Klagen stattzugeben. Der Richter nahm aber die Gelegenheit wahr, seinen Unmut über diese Situation zum Ausdruck zu bringen, bei der der unstreitige 'Streit'-gegenstand zum Schein streitig gemacht worden war: wechselseitige Urteile aufgrund von s.2(1)(d) seien eine Zeit- und Geldverschwendung und gegen jede Vernunft. Es sei nicht wünschenswert, diese Art von Kleinlichkeit in irgendeiner Weise zu ermutigen, und es sei zu hoffen, daß eine solche Situation nicht wieder eintrete⁽³⁾.

Das Urteil wird gerichtliche Beachtung finden, aber es weist auch den Gesetzgeber auf die Notwendigkeit hin, die Reformen des materiellen Scheidungsrechts durch adäquate Änderungen des Verfahrensrechts zu ergänzen und abzusichern.

bb) Wirksamkeitsvoraussetzungen und Widerrufbarkeit der Einwilligung

Zwei im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte, aber für die Praxis der Einwilligungsscheidung bedeutsame Fragen stehen

(1) Law Commission, aaO. para. 17, S. 11

(2) (1973) 117 Sol.J. 223

(3) Darvill v. Darvill, aaO.

zur Beantwortung durch die Gerichte an: erstens, welche rechtlichen Anforderungen sind an die Einwilligung zu stellen? - und zweitens: ist ein Widerruf der einmal gegebenen Einwilligung möglich?

Es ist bereits vermerkt worden, daß die Einwilligung ein positives Erfordernis ist, dessen Vorliegen der Kläger beweisen muß⁽¹⁾. Die Gerichte stellen strenge Anforderungen. So genügte ein Schreiben der Anwälte des beklagten Ehemannes, der in Südrhodesien lebte, an den Anwalt der Klägerin in England nicht als Einwilligung, in dem gesagt wurde, der Ehemann interessiere sich nicht im geringsten für die verfahrensrechtlichen Probleme, die entstanden seien und wünsche ganz einfach, daß die Angelegenheit so bald wie möglich zum Abschluß gebracht werde⁽²⁾. Baker P. hielt das lediglich für einen Hinweis darauf, daß der Ehemann keine Einwände habe, nicht jedoch für eine (positive) Einwilligung.

Was die geistige Verfassung des Einwilligenden angeht, so gilt derselbe Maßstab wie bei der Eheschließung: wenn der Beklagte in der Lage ist, das Wesen der Einwilligung zu verstehen und ihre Wirkung und das Ergebnis seiner Willensäußerung richtig einzuschätzen, ist die Einwilligung wirksam⁽³⁾. Nach diesem Maßstab ist die Einwilligung eines geschäftsunfähigen Patienten eines psychiatrischen Krankenhauses für wirksam erkannt worden⁽⁴⁾. Gemüts- und Geisteskrankheiten sind demnach per se kein Wirksamkeitshindernis.

Wichtig für die Stellung des Beklagten ist außer den Qualifikationen der Abgabe seiner Willenserklärung auch deren Widerrufbarkeit. Es könnten sich ja während des Verfahrens

{1} siehe S. 200

{2} McGill (formerly Robson) v. Robson, aaO.

{3} Mason v. Mason (1972) 3 WLR 408

{4} Mason v. Mason, aaO.

Gesichtspunkte ergeben, die ihn dann zu einer anderen Entscheidung veranlassen würden. Ebenso könnte er aber sogar auch den Lauf der Dinge ändern und die Ehe noch retten wollen. Aus s.5 DRA 1969 scheint zu folgen, daß ein Widerruf zumindest dann möglich sein muß, wenn der Beklagte irregeführt wurde, denn das vorläufige Urteil selbst kann ja nach dieser Vorschrift aus diesem Grunde annulliert werden.

Andererseits könnten häufig erhebliche Interessen des klagenden Ehegatten entgegenstehen, der sich auf die Einwilligung verlassen und entsprechende, auch finanziell wirksame, Entscheidungen getroffen haben mag. Die Entscheidung *Smallman v. Smallman*⁽¹⁾, bei der es um eine Globalvereinbarung hinsichtlich von Vermögenswerten gegangen war, scheint in diese Richtung zu weisen. Baker P. hat diese spezielle Frage, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen der Kläger im Vertrauen auf die Einwilligung zu seinem Schaden gehandelt hat, der Entscheidung im Einzelfall überlassen⁽²⁾. In der überwiegenden Mehrheit der Fälle wird die Regel entsprechende Anwendung finden, die für das Bestreiten der Klage gilt: Noch in der mündlichen Verhandlung kann der Beklagte die Sache zur streitigen machen. Da die Frage des Status auf dem Spiel steht, muß, so Baker P., im Falle der Einwilligung dasselbe gelten. Nur so sei auch der Wortlaut des Gesetzes zu verstehen, der in der Gegenwartsform von der Einwilligung in das Ergehen des Scheidungsurteils spreche: das sei bewußt erfolgt zur Klarstellung, daß die Einwilligung als Willensäußerung des Beklagten bis zu dem Augenblick wirksam bleiben muß, in dem das Urteil ergeht⁽³⁾.

(1) (1972) Fam. 25; (1971) 3 ALLER 717

(2) *Beales v. Beales* (1972) 2 ALLER 674; (1972) 2 WLR 980

(3) *Beales v. Beales*, aaO.; vgl. Tolstoy S. 100 FN 33a; Bromley, aaO.

cc) Einwilligung und Scheidungsfolgen

Der Schutzzweck der Einwilligung ist zunächst einmal auf die Wahrung des Interesses des Beklagten an der Aufrechterhaltung des rechtlichen Bandes gerichtet. Die Einwilligung kann aber auch aus jedem anderen Grunde, einschließlich finanzieller Überlegungen, verweigert werden. Das folgt aus der Rechtsnatur der unqualifizierten Einwilligung sowie als Umkehrschluß aus s.5 des Gesetzes. Mittelbar weist zudem s.6 auf die wirtschaftlichen Belange des Beklagten hin, die nach dieser Vorschrift *n a c h* dem Erlaß des vorläufigen Scheidungsurteils auf Antrag des Beklagten vom Gericht in der im Gesetz vorgesehenen Weise wahrzunehmen sind⁽¹⁾. Mit dem Einwilligungserfordernis wird dem Beklagten daher die Möglichkeit gegeben, seine Interessen schon *v o r* diesem Urteil gegenüber dem Kläger geltendzumachen und nach Möglichkeit zu einer Vereinbarung zu gelangen⁽²⁾. Diesem Zweck dient auch s.7 des Gesetzes, wonach eine derartige Vereinbarung dem Gericht vorgelegt werden kann⁽³⁾. Mit der Klagezustellung wird der Beklagte zudem auf die rechtlichen und vor allem wirtschaftlichen Folgen der Ehescheidung hingewiesen⁽⁴⁾.

In der Praxis ist die Einwilligung folglich ein Verhandlungsobjekt der Parteien für 'Koppelungsgeschäfte'⁽⁵⁾. Mit diesem Faustpfand kann der Beklagte je nach Stärke des Scheidungswunsches des Klägers den 'Preis' für dessen Erfüllung hochtreiben⁽⁶⁾. Mißbrauchsvorschriften kennt das Gesetz nicht, und die Rechtsprechung hat die unbegrenzte Verhandlungsfreiheit für den Beklagten anerkannt: die

(1) siehe S.41 f.sowie S.313 ff., S. 343 ff.

(2) vgl. Waters, aaO. (1972) 116 Sol.J. 327

(3) siehe S.44 f.

(4) Seit 11.1.1974 Rule 12(6), Form 5 Matrimonial Causes Rules 1973. Die weitergehenden Vorschläge der Law Commission sind allerdings bisher nicht verwirklicht worden. Law Commission, aaO. para. 112, S. 50; vgl. Freeman, aaO. S. 197

(5) vgl. Samuels, Financial Provision - The New Law, (1972) 122 NLJ 865

(6) vgl. Müller-Freienfels, aaO. S. 132, der das Tatbestandsmerkmal 'Einverständnis' deshalb als ein fragwürdiges Kriterium bezeichnet, das nur mit großer Zurückhaltung verwendbar sei.

Versuchung, seine Einwilligung an eine Bedingung zu knüpfen, kann entstehen, ob der Beklagte selbst eine Scheidung will oder nur gleichgültig ist, denn, wenn ein Mittel zur Vermeidung jeglicher Kostenzahlung in gesetzlich zulässiger Weise zur Verfügung steht, ist es naiv zu glauben, daß die Mehrheit nicht versuchen wird, daraus einen Vorteil zu ziehen⁽¹⁾. Baker P. hat daher die Praxis für rechtens erklärt, die Einwilligung unter der Bedingung zu erklären, daß der Kläger die Kosten des Scheidungsverfahrens übernimmt. Zugleich wurde eine solche Kostenübernahme als Umstand anerkannt, über den der Beklagte irregeführt werden konnte im Sinne von s.5 DRA 1969. Das Gericht ist bei seiner Kostenentscheidung an die Abmachungen der Parteien gebunden⁽²⁾.

c) Kritik des Einwilligungserfordernisses

Die Wirklichkeit der Einwilligungsscheidung bestärkt die grundsätzlichen Bedenken, die diesem Tatbestand aus der Sicht des Zerrüttungsprinzips entgegengebracht werden müssen.⁽³⁾ Auch wenn die Einwilligung nicht Rechtsgrund der Scheidung ist, so macht sie die zerrüttete Ehe doch zum Gegenstand des Machtkampfes der Ehegatten oder zumindest zum Mittel für den Beklagten, unangemessene Vorteile aus der Eheauflösung zu ziehen, die von ihm genauso gewollt oder verursacht sein kann, wie vom Kläger. Die Überbetonung des Schutzzwecks der Einwilligung für den Beklagten, der nur durch Zufall oder taktisches Geschick in dieser Position sein mag und andernfalls selber klagen würde, rührt von der überkommenen Vorstellung her, daß derjenige, der von der Ehe loskommen möchte, der Schuldige sein muß, es sei denn, er ist durch schuldhaft ehewidriges Verhalten des anderen zur Scheidung berechtigt.

(1) Beales v. Beales, aaO.

(2) Beales v. Beales, aaO.

(3) siehe oben S.198 f.

In der Diskussion der Reformvorschläge war außerdem davon ausgegangen worden, daß es sich dabei gewöhnlich um den Ehemann handelt. Die Law Commission hatte auf die normalerweise stärkere wirtschaftliche Stellung des Mannes und die Gefahr, daß der schwächere Teil überrumpelt oder durch wiederholte Klagen 'mürbe' gemacht werden könnte, ausdrücklich hingewiesen und entsprechende Schutzvorschriften und -maßnahmen vorgeschlagen⁽¹⁾. Beide Gesichtspunkte haben dazu geführt, daß die Stellung des einwilligenden Ehegatten einseitig gestärkt und ein Schutzbedürfnis des anderen nicht erkannt worden ist. Eine stärkere Stellung des Gerichts als Mittler bei der Vereinbarung des Interessenausgleichs der Ehegatten schon v o r Ausspruch des vorläufigen Urteils könnte hier einen Ausgleich schaffen⁽²⁾.

V. Fünf Jahre Getrenntleben⁽³⁾

Im letzten der Zerrüttungstatbestände tritt das beherrschende Prinzip des neuen englischen Scheidungsrechts materiell am eindeutigsten zu Tage: das relativ brauchbarste Indiz der Zerrüttung einer Ehe ist eine langandauernde, tatsächliche Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens, die wenigstens von einem Teil gewollt ist⁽⁴⁾. Es kann kaum einen klareren Beweis geben, daß keine Hoffnung mehr besteht, die Ehe wiederherzustellen⁽⁵⁾. Das Wesentliche an dieser Section ist, daß, wie in s.2(1)(d), keinerlei Bezug auf den Grund des Getrenntlebens genommen wird⁽⁶⁾. Daher kann der 'schuldige' Ehegatte, dessen Verhalten die endgültige Zerrüttung herbeigeführt hat,

(1) aaO. para. 112, S. 50, 51 und 51 FN 61; vgl. Morton Commission, aaO. para. 69; S. 16 und Kahn-Freund, aaO. (1956) 19 MLR 583: "The trouble with divorce by consent is however that it leaves the economically weaker spouse (often the wife) unprotected against being coerced or blackmailed or bribed into submission..."

(2) wegen des Interessenausgleichs n a c h dem 'decree nisi' siehe S.313 ff., 343 ff.

(3) s.2(1)(e); inhaltliche Wiedergabe oben S.34

(4) Neuhaus, aaO. S. 48, 49; ebenso Law Commission, Cmnd.3123, para. 72, S. 36; vgl. S.158

(5) Passingham, aaO. para. 44, S. 19

(6) aaO. para. 47, S. 20

gegen den Willen des 'unschuldigen' Gatten, dem nicht das Geringste vorzuwerfen ist, die Scheidung verlangen⁽¹⁾. Der Scheidungsausspruch hängt nicht, wie in s.2(1)(d), von der Einwilligung des anderen Gatten ab. Von allen fundamentalen Änderungen des Scheidungsrechts, die das Gesetz von 1969 herbeigeführt hat, ist s.2(1)(e) daher die wichtigste⁽²⁾.

1. Das Problem der Verstoßungsscheidung

Section 2(1)(e) des Scheidungsreformgesetzes ist naturgemäß die am meisten umstrittene Bestimmung des Gesetzes⁽³⁾: es ist die Lage der Ehefrau in den mittleren Jahren, die gegen ihren Willen von einem Ehemann geschieden wird, der fünf Jahre mit einer anderen Frau zusammengelebt hat, die viel zu den Kontroversen um das Gesetz beigetragen und ihm die irreführende Bezeichnung "Casanova's Charter" eingetragen hat⁽⁴⁾. Dieses 'Epitheton' Lady Summerskills⁽⁵⁾ galt genaugenommen s.2(1)(e) und hatte die Diskussion um die 'Verstoßungsscheidung'⁽⁶⁾ fortan entscheidend geprägt⁽⁷⁾. Vier Aspekte des Problems hatten besondere Beachtung gefunden: erstens: wirtschaftliche Nachteile durch die Scheidung, zweitens: der Statusverlust, drittens: der Skandal, daß der Kläger aus von ihm begangenen Unrecht Nutzen ziehen kann⁽⁸⁾ und viertens: das Gefühl der

(1) Bromley, aaO. S. 213; Puxon, aaO. S. 136

(2) Morgan, Divorce after five years' separation, (1973) 70 Gaz. 1607

(3) Bromley, aaO.; Passingham, aaO. S. 19; Freeman, aaO. S. 197; Lord Simon, aaO. S. 3233; Puxon, aaO. S. 136

(4) Levin, aaO. S. 636; Holden, aaO. S. 70; Mortlock, aaO. S. 24; vgl. Putting Asunder, para. 67, S. 54

(5) Daily Telegraph, 24.1.1968

(6) "divorce by repudiation", Lasok, aaO. (1968) 112 Sol.J. 454

(7) Grant, Casanova's Charter Revisited, (1972) 112 NLJ 784

(8) Annesley, aaO. (1973) 117 Sol.J. 404; Bezeichnend für die Bedeutung dieses rechtlichen Gesichtspunkts ist die Formulierung Annesleys: "s.2(1)(e) des Gesetzes sticht als einer der berühmten (oder sogar berühmigten) Meilensteine in der Geschichte des englischen Rechts hervor, indem sie das Prinzip verwirft, das bisher in acht Jahrhunderten Rechtsentwicklung unverseht geblieben war: niemand darf aus eigenem Unrecht Nutzen ziehen."; vgl. Puxon, aaO. S. 136

Unsicherheit für die Ehefrau, auch bei bestem Wohlverhalten gegen ihren Willen geschieden werden zu können⁽¹⁾.

Wie zuvor schon die Morton Commission⁽²⁾ und die Studien-
gruppe des Erzbischofs⁽³⁾ hatte sich die Law Commission
ausführlich mit diesen Gesichtspunkten der Zerrüttungs-
scheidung auseinandergesetzt⁽⁴⁾. Die im Ausspracheergebnis
der beiden letzteren Kommissionen vorgeschlagene Lösung
wurde dann mit geringfügigen Änderungen in das Scheidungs-
reformgesetz aufgenommen⁽⁵⁾. Der Gesetzgeber hat sich damit
die Argumente der Law Commission zueigen gemacht und das Zer-
rüttungsprinzip als diejenige Lösung anerkannt, die den
Interessen beider Ehegatten und dem öffentlichen Interesse
gleichermaßen - und relativ am besten - gerecht wird.
Die Grundannahme dieses Scheidungstatbestandes ist, daß es
unrealistisch ist zu glauben, daß eine Ehe nicht endgültig
zerrüttet ist, wenn die Eheleute fünf Jahre lang getrennt
gelebt haben⁽⁶⁾.

a) Die Argumente gegen die einseitige Auflösbarkeit der Ehe

Auch wenn der Gesetzgeber mit s.2(1)(e) gezeigt hat, daß er
den Argumenten gegen die einseitige Auflösbarkeit der Ehe
keine entscheidende Bedeutung beimißt, so kann auf deren
Erörterung doch nicht verzichtet werden, da sie Aufschluß
über die Auslegung des Gesetzes geben und die Auseinandersetzung
in den einzelnen Scheidungsverfahren bestimmen.

aa) Wirtschaftliche Interessen des beklagten Ehegatten

Die Lösung des rechtlichen Bundes hat nicht notwendigerweise
eine zusätzliche Verschlechterung der Lage des betroffenen
Ehegatten zur Folge. In den meisten Fällen wird die finanzielle

(1) Law Commission, aaO. para. 38, S. 20; vgl. Giesen, aaO.
S. 17 ff.

(2) Cmnd.9678, para. 69, S. 14 ff. bzw. para. 70, S. 22 ff.

(3) Putting Asunder, paras. 63-68, S. 45-56

(4) Cmnd.3123, paras. 38-51, S. 20-26 und paras. 85-119,
S. 42-53

(5) Law Commission, No. 15, App. III. Section 5(1)(d), S. 30

(6) Law Commission, Cmnd. 3123, para. 102, S. 48

Härte schon eine Folge der Aufgabe der gemeinsamen Wohnung sein, und eine Verweigerung der Scheidung kann das nicht rückgängig machen⁽¹⁾. Wenn der Ehemann dazu noch eine außereheliche Beziehung mit einer anderen Frau eingegangen ist, aus der möglicherweise bereits Kinder hervorgegangen sind, sind die finanziellen Ansprüche der Ehefrau außerdem noch dem Vorgriff derer ausgesetzt, die 'näher an der Lohntüte' sind. Auch an dieser Tatsache kann die Aufrechterhaltung des Ehebandes nichts ändern⁽²⁾.

Dazu kommt die grundsätzliche Erwägung, daß es der Würde und Achtung familiärer Bindungen abträglich ist, die leere Rechtsform einer toten Ehe aus rein finanziellen Gründen aufrechtzuerhalten⁽³⁾. Hinge der Scheidungsausspruch von der finanziellen Sicherstellung der Ehefrau ab, würde das Recht Arm und Reich mit zweierlei Maß messen⁽⁴⁾.

bb) Statusverlust

Der Verlust des Status einer Ehefrau kann ebenfalls nur vor dem Hintergrund einer endgültig zerrütteten Ehe gewürdigt werden. Es mag von dem treuen Ehegatten als Schlag für seinen Stolz empfunden werden, aber es ist bereits fraglich, ob die heutige Gesellschaft eine verstoßene Ehefrau höher einschätzt als eine geschiedene Frau. Die wirkliche Wunde wird aber wohl eher durch die Jahre zuvor erfolgte Beendigung der ehelichen Gemeinschaft erlitten worden sein.⁽⁵⁾

(1) Law Commission, aaO. para. 40, S. 21; Lord Chancellor Gardiner im House of Lords, Hansard vol. 303, col. 324

(2) vgl. Eekelaar, aaO. S. 130

(3) Law Commission, aaO.

(4) Law Commission, aaO.

(5) Law Commission, aaO. para. 43, S. 22

cc) Religiöse Überzeugung

In manchen Fällen wird religiöse Überzeugung einer Scheidung entgegenstehen. Gerade dann kann aber ein Scheidungsgrund, der keine Mitwirkung dieses Ehegatten verlangt, diesen aus Gewissensnöten befreien, denn häufig wird dieser Ehegatte sich darüber im klaren sein, daß seine Weigerung für den anderen und dessen illegitime Familie eine Härte bedeutet⁽¹⁾.

dd) Billigkeit

Dem Ärgernis, daß der Kläger durch selbst begangenes Unrecht einen Vorteil erlangen kann, muß die fehlende Logik und abstoßende Konsequenz der Gegenposition gegenübergestellt werden: die Würde der Institution der Ehe soll dadurch gewahrt werden, daß derjenige, der sie mit Füßen getreten hat, damit bestraft wird, daß er verheiratet bleiben muß. Dies ist umso weniger sinnvoll, als damit zumeist andere mitbestraft werden. Der Rechtsgrundsatz⁽²⁾ ist außerdem auch deshalb nicht anwendbar, weil in einem Zerrüttungsscheidungsrecht kein Schuldurteil gefällt, sondern nur der objektive Zustand der Ehe festgestellt wird⁽³⁾.

ee) Die besondere Lage der Ehefrau in den mittleren Jahren

Die Angst einer Ehefrau in den mittleren Jahren, der Ehemann könnte sich einer jüngeren und attraktiveren Partnerin zuwenden, nachdem sie im Verlauf der Ehe ihre Anziehungskraft verloren hat, kann durch die Macht, das rechtliche Band aufrechtzuerhalten, nicht wirklich vermieden werden. Das Recht

(1) Law Commission, aaO. para. 42, S. 22

(2) Law Commission, aaO. para. 44, S. 23

(3) Putting Asunder, para. 66, S. 51-53

kann die Ehefrau nicht davor bewahren, daß Heim und Familie auseinanderbrechen können, und die Aufrechterhaltung des rechtlichen Status quo kann ihre Lage nicht verbessern. Der eigentliche Schaden ist schon geschehen⁽¹⁾.

Die Hoffnung, mit der rechtlichen auch die tatsächliche Bindung aufrechtzuerhalten, kann nach vielen Jahren, in denen die Scheidung verweigert wurde, nicht mehr erheblich sein. Die größere Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß die Verbitterung, die gegenüber dieser Ehefrau empfunden wird, nur zugenommen haben wird⁽²⁾. Die Fortdauer der rechtlichen Bindung wird dadurch nicht gerechtfertigt.

b) Die Gründe für die grundsätzliche Scheidbarkeit der Ehe gegen den Widerspruch des Ehegatten

Die Argumente gegen die Einführung der einseitigen Scheidung nach fünf Jahren Getrenntleben, die in ihren fünf wesentlichen Ausformungen dargestellt worden sind, konnten die Überzeugungskraft des Zerrüttungsprinzips nicht beeinträchtigen: der Gesetzgeber hielt es für gerechtfertigt, der grundsätzlichen Scheidbarkeit der Ehe den Vorrang gegenüber dem Einzelinteresse an der Aufrechterhaltung des Rechtsbandes einzuräumen. Die wesentlichen Gründe dafür sind vorwiegend von der Law Commission zusammengefaßt und vom Gesetzgeber nachvollzogen worden⁽³⁾.

aa) Das öffentliche Interesse

Es liegt im öffentlichen Interesse, Ehen aufzulösen, die nur noch als leere Rechtsform bestehen. Das Gericht muß die rechtliche Möglichkeit haben, einen Rechtszustand an die veränderte Wirklichkeit anzupassen und eine de facto tote Ehe auch de jure für tot erklären zu können⁽⁴⁾.

(1) Law Commission, aaO. para. 45, S. 23; Annesley, aaO.
(2) Law Commission, aaO. para. 42, S. 22
(3) vgl. Annesley, aaO.; Puxon, aaO.
(4) Putting Asunder, para. 54, S. 38

Es muß außerdem im öffentlichen Interesse liegen, diese Eheauflösung ohne Streit über Schuld oder Unschuld herbeizuführen, nachdem die Endgültigkeit der Zerrüttung evident ist. Die Gefahr wachsender Verbitterung und Verärgerung der Ehegatten kann mit dem Getrenntlebenstatbestand vermieden werden⁽¹⁾. Das öffentliche Interesse verlangt schließlich - und das ist der ausschlaggebende Gesichtspunkt - vom Gesetzgeber die angemessene Wahrnehmung der Interessen aller Rechtsbetroffenen. Betroffen werden vom Scheidungsrecht außer den Ehegatten auch deren Kinder und außereheliche Beziehungen sowie daraus hervorgegangene Kinder. Dem Gerechtigkeitsgebot widerspricht ein Scheidungsrecht, das einseitig dem Interesse eines Ehegatten an der Aufrechterhaltung des rechtlichen Bandes gegenüber den Interessen anderer Betroffener an dessen Auflösung den Vorrang einräumt.

bb) Beständige unrechtmäßige Verbindungen

Während die echten oder vermeintlichen Interessen des beklagten Ehegatten durch den rein rechtlichen Fortbestand der Ehe nicht oder nicht ausreichend gewahrt werden können, eröffnet die Auflösung dieser Ehe die Möglichkeit, sehr viel menschliches Elend zu erleichtern und das 'Stigma' des unehe-⁽²⁾lich Geborenseins von vielen Kindern zu nehmen.

Das soziale Problem der 'stable illicit unions' war bereits von der erzbischöflichen Studiengruppe als "soziales Übel" bezeichnet worden, "das nach Abhilfe schreit"⁽³⁾. Die Law Commission kam zu dem Ergebnis, daß dieses Problem weitaus schwerer sei, als gemeinhin angenommen wurde, und daß bei einer Änderung des Scheidungsrechts etwa 180.000 nichteheliche Kinder unter 16 Jahren für ehelich erklärt werden könnten.

(1) Law Commission, aaO. para. 98, S.47

(2) Bericht des Social and Welfare Board der General Assembly der Church of Scotland, zitiert vom Lord Chancellor, Lord Gardiner, in der 2. Lesung des Gesetzes im House of Lords, Hansard vol. 303, col. 320; Ebenso Putting Asunder, para. 65, S.49

(3) Putting Asunder, para. 39, S. 28

In Zukunft würden dann jedes Jahr ca. 19.000 Kinder, die andernfalls zu dauernder Nichtehelichkeit verdammt wären, ehelich geboren oder nachträglich legitimiert werden können⁽¹⁾. Andere Lösungen, das 'Stigma' der unehelichen Geburt zu beseitigen, wurden von der Kommission für nicht ausreichend gehalten, solange kein grundlegender Wandel in der Haltung der Öffentlichkeit eingetreten sei⁽²⁾. Eine Erleichterung des Loses der Kinder würde auch nicht all die unerwünschten sozialen Konsequenzen großer Zahlen von dauerhaften unerlaubten Verbindungen beseitigen, die sich in vielen Fällen die Maske einer rechtmäßigen Ehe zugelegt haben⁽³⁾. Bei den außerehelichen Verbindungen, aus denen Kinder hervorgegangen sind, besteht nach Ansicht der Law Commission die größte Aussicht, daß sie von Dauer sind, aber auch, daß sie die größten Härten erleiden, wenn sie nicht rechtlich anerkannt werden können⁽⁴⁾.

Die Kommission zog daraus die Folgerung, daß es nicht nur im Interesse der Partner einer solchen Verbindung und insbesondere deren Kinder sei, wenn die rechtliche Anerkennung ermöglicht würde, sondern ebenso im Interesse der Gesellschaft, sofern das ohne unverhältnismäßige Härten gegenüber dem Ehegatten und den Kindern der Ehe getan werden kann⁽⁵⁾.

cc) Gleichstellung von Mann und Frau

Der betroffene Ehegatte kann sowohl die Frau als auch der Mann sein. Auf das weitgehend unerwähnt gebliebene Problem der Familien ohne Mutter, in denen die Ehefrau Mann und Kinder zugunsten eines anderen verlassen hat, machte der

(1) Law Commission, aaO. para. 36, S. 19

(2) Die Rechtstellung der nichtehelichen Kinder wurde durch den Family Law Reform Act 1969 erheblich verbessert. Der Status selbst blieb aber, und damit der Ansatzpunkt der Diskriminierung; vgl. Eekelaar, aaO. S. 212. Ausführlich dazu Stone, The Family and the Law in 1970, S. 87 ff.; vgl. auch Puxon, aaO. S. 192

(3) Law Commission, para. 37, S. 20

(4) aaO. para. 33, S. 18

(5) aaO.; vgl. Putting Asunder, aaO.

Lord Chancellor in der Debatte aufmerksam⁽¹⁾. Die Law Commission hatte bereits gemahnt, daß ein reformiertes Scheidungsrecht gerecht gegenüber Ehefrauen wie Ehemännern sein sollte⁽²⁾. Aus den Scheidungsstatistiken ging hervor, daß Männer und Frauen beinahe zu gleichen Teilen die Scheidung ihrer Ehen herbeigeführt hatten⁽³⁾. Eine Sonderbehandlung der Ehefrau im Scheidungsrecht war auch aus diesem Grund sachlich nicht gerechtfertigt.

Section 2(1)(e) hat sich seit Inkrafttreten des Reformgesetzes auch nicht entfernt als "Casanova's Charter" erwiesen: 14.309 klagenden Ehemännern standen 1971 23.807 Ehefrauen als Kläger gegenüber⁽⁴⁾.

2. Der Zerrüttungstatbestand des fünfjährigen Getrenntlebens

Der Tatbestand der Zerrüttungs-'situation' birgt keine besonderen rechtlichen Probleme in sich. Getrenntleben bedeutet, wie in s.2(1)(d), 'cessation of consortium'⁽⁵⁾. Die im Zusammenhang mit der Einwilligungsscheidung getroffenen Feststellungen hinsichtlich dieser Tatbestandsvoraussetzung gelten unverändert auch für s.2(1)(e), da auf beide 'facts' ss.2(5) und 3(6) anzuwenden sind⁽⁶⁾. Nach der Rechtsprechung des Court of Appeal in Santos v. Santos werden die Ehegatten dann als getrenntlebend betrachtet, wenn sie nicht miteinander in demselben Haushalt leben und einer von ihnen aufgehört hat, die Ehe als fortbestehend anzusehen⁽⁷⁾.

(1) Lord Gardiner, aaO.

(2) aaO. para. 46, S. 23

(3) Passingham, aaO. para. 45, S. 19; Lord Gardiner, aaO. col. 321

(4) Deech, aaO. S. 128

(5) Law Commission, No. 15, aaO. Note 4, S. 32

(6) siehe S.169-195

(7) (1972) Fam. 247, (1972) 2 ALLER 246; (1972) 2 WLR 889

a) Getrenntleben: Ursächlichkeit und Verschulden

Welcher Ehegatte im Verfahren zu s.2(1)(e) Kläger oder Beklagter ist, ist ohne Bedeutung⁽¹⁾. Das Gesetz fragt weder nach Schuld noch nach den Ursachen der Zerrüttung, und ein Scheidungsurteil, das aufgrund von s.2(1)(e) ergeht, belegt den Beklagten nicht mit einem moralischen 'Stigma'⁽²⁾.

Lord Denning MR. sah sich veranlaßt, dies folgendermaßen klarzustellen⁽³⁾: Es sei völlig falsch, wenn ein Kläger, der seine Klage auf s.2(1)(e) stützt, dem Beklagten Eheverfehlungen zur Last lege; wolle der Kläger solche Anschuldigungen machen, solle er nach s.2(1)(a),(b) oder (c) vorgehen. In den Fünfjahres-Fällen sollte das Gericht nicht untersuchen, wessen Schuld es war, daß die Ehe zerrüttet wurde. Deshalb sollte auch die Klage keinerlei diesbezügliche Anschuldigungen enthalten. Andernfalls müßten Gegenanschuldigungen und die notwendigen Beweiserhebungen folgen - "and we shall be back to the bad old days of mutual recrimination in open court."

In Chapman v. Chapman waren die Anschuldigungen zu dem Zweck erhoben worden, eine günstige Kostenentscheidung zu erreichen. Lord Denning erklärte weiter, daß es in den meisten Fünfjahres-Fällen die Schuld des Klägers oder von beiden oder, wie er es zu nennen vorziehe, das Unglück von beiden, sei, wenn die Ehe gescheitert sei. "It would be contrary to the policy of the legislature that the court should hold a post mortem simply to make an award of costs."⁽⁴⁾.

Die Entscheidung stellt denn auch die Regel auf, daß in unstreitigen Scheidungsverfahren aufgrund von s.2(1)(e) grundsätzlich der Kläger die Kosten zu tragen hat.

(1) Bromley, "Living Apart" in the Law of Divorce, (1972) 88 LQR 333; vgl. S. 207 f.

(2) Collins v. Collins (1972) 1 WLR 689; (1972) 2 AllER 658 CA, per Davies LJ.

(3) Chapman v. Chapman (1972) 3 AllER 1089; (1972) 1 WLR 1544

(4) Chapman v. Chapman, aaO.

b) Kritik der Dauer des Getrenntlebens

Wie bei der Einwilligungsscheidung können die Ehegatten das Zusammenleben einmal oder mehrmals bis zu sechs Monaten wiederaufnehmen, ohne daß der Lauf der Frist unterbrochen wird. Die Trennungszeit verlängert sich entsprechend⁽¹⁾ und wird dann zur Zeit der Klageerhebung mindestens fünfzehn Jahre betragen. Mit dieser außerordentlich langen Trennungszeit hat der Gesetzgeber ebenfalls den Vorschlag der Law Commission übernommen⁽²⁾. Die Kommission war dem australischen Vorbild mit der Begründung gefolgt, daß es unrealistisch sei, zu glauben, die Ehe sei nach fünf Jahren Getrenntleben nicht endgültig zerrüttet. Wenn dauerhafte unerlaubte Verbindungen rechtlich anerkannt und Kinder daraus für ehelich erklärt werden sollen, sei es im öffentlichen Interesse, dies lieber früher als später zu tun⁽³⁾. Daß aber dennoch fünf Jahre vorgeschlagen wurden, nimmt wunder, umsomehr, wenn man das Eintreten der Kommission für die Zweijahresfrist bei der Einwilligungsscheidung gegenüberstellt⁽⁴⁾. Mit dem Zerrüttungsprinzip ist die Unterscheidung der Trennungsfristen schwerlich zu vereinbaren: wird es als ausreichend angesehen, die endgültige Zerrüttung nach zwei Jahren gesetzlich zu vermuten⁽⁵⁾, ist es nicht gerechtfertigt, im anderen Tatbestand fünf Jahre der Trennung zu verlangen, es sei denn, der Einwilligung käme konstitutive Wirkung zu, wodurch sich die Rechtsnatur ändern würde⁽⁶⁾. Da letzteres, wie nachgewiesen wurde, nicht der Fall ist, werden wohl eher Gründe rechtspolitischer Natur zur Fünfjahresfrist geführt haben.

(1) s.3(5) DRA 1969; siehe S. 39, S.167 und S.288 ff.

(2) Cmnd. 3123, para. 102, S. 48; Law Commission, No. 15, No. 5(1)(d), App.III, S.30

(3) Law Commission, Cmnd. 3123, aaO.

(4) aaO. paras.93, 95; S. 45, 46; vgl. S.195 ff.

(5) vgl. Neuhaus, aaO. S. 50: "der Ablauf von drei Jahren läßt in der Regel die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft als aussichtslos erscheinen."

(6) Holden, aaO.; vgl. S. 198 f.

Tatsächlich bedeutet diese Frist ein Zugeständnis an die öffentliche Meinung, die für die 'Verstoßungsscheidung' eine beträchtlich längere Trennungsdauer als zwei Jahre zu fordern schien⁽¹⁾. Zur Zeit der Veröffentlichung des Berichts der Kommission betrugen außerdem die Trennungsfristen der Zerrüttungstatbestände in anderen Common-Law-Scheidungsgesetzen bzw. den englischen Gesetzesentwürfen sieben⁽²⁾ oder fünf Jahre⁽³⁾. Die Regelung in New York mit zwei Jahren und der Vorschlag Lord Walkers⁽⁴⁾ mit drei Jahren beruhten auf unterschiedlichen Voraussetzungen. Der Vorschlag der Law Commission lag daher an der unteren Grenze und war insoweit bereits 'fortschrittlich'. Bis zur parlamentarischen Behandlung des Reformgesetzentwurfes hatte sich die Lage dann allerdings geändert: Kanada hatte im Juli 1968 einen auf dem Zerrüttungsprinzip beruhenden Getrenntlebenstatbestand von fünf Jahren eingeführt⁽⁵⁾ und Neuseeland im Dezember 1968 die Siebenjahres-Frist auf vier Jahre reduziert⁽⁶⁾. Wenn der englische Gesetzgeber trotzdem an der Fünfjahresfrist festgehalten hat, liegt die Vermutung nahe, daß diese Abweichung vom reinen Zerrüttungsprinzip wie schon der Vorschlag der Law Commission der öffentlichen Meinung und insbesondere der Opposition im House of Lords wegen in Kauf genommen worden ist. Die fünfjährige Dauer des Getrenntlebens schließt es tatsächlich aus, daß mit ernsthaften Gründen behauptet wird, eine Ehe sei dann noch nicht endgültig zerrüttet.

{1} vgl. Law Commission, aaO. para. 94, S. 45

{2} Neuseeland; Gesetzentwurf von Eirene White 1951;
Gesetzentwurf von Leo Abse 1963;
Ebenso 9 Mitglieder der Morton Commission, aaO.
para.70, S. 24

{3} Australien; Mr. Parker's Bill 1965; vgl. Law Commission, aaO. para. 86, S. 43; Lord Gardiner, aaO. col. 314

{4} Morton Commission, aaO. S. 340, 341

{5} An Act Respecting Divorce, 1967-68, s.4(1)(e)(ii)

{6} Matrimonial Proceedings Amendment Act 1968: Divorce and Matrimonial Causes Amendment Act 1953 s.7(1)

Der Grad der Wahrscheinlichkeit ist so hoch, daß es gerechtfertigt erscheinen mußte, die gesetzliche Vermutung der endgültigen Zerrüttung an die Verwirklichung des Tatbestandes zu knüpfen. Sollte im äußersten Ausnahmefall doch noch Aussicht auf Fortbestand der Ehe bestehen, kann der Beklagte bestreiten und eine gerichtliche Untersuchung des wahren Zustandes der Ehe aufgrund von s.2(3) erreichen⁽¹⁾. Das Gericht muß sich aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes⁽²⁾ über die Tatsache der Zerrüttung vergewissern und bei Aussöhnungsaussichten das Verfahren nach s.3(2) aussetzen⁽³⁾.

3. Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des Rechtsbandes in Härtefällen

Schutzvorschriften zugunsten des Beklagten, die diesem das Festhalten an einer endgültig zerrütteten Ehe ermöglichen, kennt das Scheidungsreformgesetz dem Grundsatz nach nicht. Die beiden gegensätzlichen Denkschulen, die im Scheidungsreformgesetz ihren Niederschlag gefunden haben, gelangen hierin zu demselben Ergebnis: Zum einen verlangt das Zerrüttungsprinzip die Beseitigung der leeren Rechtsform endgültig zerrütteter Ehen, zum anderen ist in den Tatbeständen schuldhaften Handelns kein Schutzbedürfnis gegeben, da sich der Beklagte durch eigenes tatbestandsmäßiges Verhalten ins Unrecht gesetzt hat⁽⁴⁾.

- (1) vgl. S.79 ff.: Die positive Zerrüttungsfeststellung
- (2) s.2(2) DRA 1969
- (3) siehe S.38 sowie S. 278 ff.
- (4) vgl. Eekelaar, aaO. S. 249

In den Getrenntlebenstatbeständen s.2(1)(d) und (e) wird dagegen weder ursächliches noch vorwerfbares Verhalten des Beklagten im Hinblick auf die Zerrüttung verlangt. Die Trennungszeit als solche ist ausreichendes Tatbestandsmerkmal. In diesen Fällen erkennt das Gesetz schutzwürdige Interessen des Beklagten an, die diesen zum Festhalten am Rechtsband der Ehe berechtigen:

In s.2(1)(d) ist das mittelbar geschehen: Mit dem Erfordernis der Einwilligung hat das Gesetz dem Beklagten die rechtliche Möglichkeit gegeben, die Scheidung zu verhindern. Dieses Recht unterliegt keinerlei Beschränkungen und kann daher ohne weiteres dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen⁽¹⁾.

In einem Zerrüttungsscheidungsrecht ist ein Tatbestand wie s.2(1)(d) nur dadurch möglich, daß der 'Auffangtatbestand' der s.2(1)(e) nach Verstreichen einer weiteren Trennungszeit die Auflösung der Ehe auch gegen den Widerstand des Beklagten gestattet⁽²⁾. Die Wahrnehmung von Interessen, die als höherrangig gegenüber der Auflösung der Ehe angesehen werden, konnte infolgedessen nicht wieder in die Entscheidungsmacht des beklagten Ehegatten gegeben werden. Für s.2(1)(e) war daher eine gesetzliche Ermächtigung für eine Interessenabwägung durch das Gericht vorzusehen - vorausgesetzt, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit außerordentlicher Fallsituationen, welche die Aufrechterhaltung der zerrütteten Ehe erfordern, grundsätzlich anerkennt.

(1) vgl. S.205 ff.

(2) siehe zur 'underlying philosophy' von s.2(1)(e):
Lasok, The Illusion of Grave Financial Hardship,
(1971) 121 NLJ 1605

a) Höherrangige Interessen

Das Vorhandensein derartiger höherrangiger Interessen wurde von der erzbischöflichen Studiengruppe und der Law Commission bejaht⁽¹⁾. Die Kommission sprach von fünf Interessenschwerpunkten, die bei der Entscheidung über die Verweigerung der Scheidung abzuwägen seien⁽²⁾:

aa) Interessen des Beklagten

Der Beklagte, insbesondere die Ehefrau, könnte nach der Scheidung wirtschaftlich schlechter gestellt sein als zuvor, obwohl vom Kläger alles gerecht und billig Erscheinende zu dessen Gunsten getan worden ist. Insbesondere müßte die Altersversorgung und die Möglichkeit einer Wiederheirat berücksichtigt werden. Mit der Ehe habe der Kläger die Unterhaltspflicht für seine Frau übernommen - zumindest solange sie sich keine Eheverfehlung zuschulden kommen ließ. Es dürfe ihm daher nicht erlaubt werden, neue Verpflichtungen einzugehen, die ihn außerstande setzen würden, seine vorrangige erste zu erfüllen⁽³⁾. Andere als wirtschaftliche Härten für den Beklagten müßten gleichfalls Beachtung finden.

bb) Interessen der Kinder der Ehe

Die Interessen der Kinder der Ehe könnten es in manchen Fällen angebracht erscheinen lassen, die Ehe aufrechtzuhalten, in anderen dagegen, sie aufzulösen⁽⁴⁾.

(1) Law Commission, Cmd. 3123, paras. 113-119, S. 51-53
Putting Asunder, aaO. para. 66, S. 53; vgl. oben S. 27 f.

(2) aaO. para. 118, S. 52, 53; vgl. die Argumentation um die Zulässigkeit der einseitigen Getrenntlebenscheidung, oben S. 209 ff.

(3) vgl. Motsch, aaO. S. 354; Seidl, aaO. S. 112 ff.

(4) vgl. die Übersicht über die Auswirkungen zerrütteter Ehen auf Kinder und Jugendliche bei Eekelaar, aaO. S. 261, 262; Kritisch zur Wahrnehmung des Kindeswohls im Scheidungsverfahren: Mortlock, aaO. S. 55 ff., 71. Zum Stand der medizinischen, soziologischen und psychiatrischen Forschung zum Fragenkomplex Kinder und Ehescheidung siehe Dominian, aaO. S. 120 ff.; vgl. außerdem Putting Asunder, App. D, para. 14, S. 148, 149; Levin, aaO. S. 643

cc) Ansehen der Rechtspflege

Das Verhalten des Klägers könnte derart empörend gewesen sein, daß bei einem Scheidungsausspruch das Vertrauen in die Rechtsprechung erschüttert und die Ernsthaftigkeit des Interesses des Staates an der Institution der Ehe in Zweifel gezogen werden würde⁽¹⁾. Der Kläger würde dann aus seinem Unrecht tun Nutzen ziehen und obendrein bestünde die Gefahr, daß andere das Verhalten zum Vorbild nehmen könnten, um desto sicherer zu einer Scheidung zu kommen⁽²⁾. Andererseits hielt die Kommission jedoch auch an der grundsätzlichen Erkenntnis fest, daß das allgemeine Eheideal nicht dadurch bewahrt werden kann, daß man denjenigen mit Verheiratetbleiben bestraft, der nur schändliche Verachtung für die Ehe gezeigt hat⁽³⁾. Dies umso weniger, als gewöhnlich andere dabei mitbestraft werden⁽⁴⁾.

dd) Öffentliches Interesse an der Institution Ehe

Gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Institution Ehe ist eine Abwägung vorzunehmen mit dem öffentlichen Interesse, das grundsätzlich die Auflösung leerer Rechtsformen verlangt⁽⁵⁾.

ee) Interessen sonstiger Betroffener

Die Interessen des Klägers, des Partners einer außerehelichen Verbindung und daraus hervorgegangener Kinder müssen bei der Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Ehe berücksichtigt werden⁽⁶⁾.

(1) Law Commission, aaO.: Zitat aus Putting Asunder, aaO.

(2) Zur Fragwürdigkeit der Verwendung des Scheidungsrechts als Mittel zur Abschreckung vor Ehezerüttung siehe Eekelaar, aaO. S. 184 ff; vgl. S. 208 ff.

(3) aaO. para. 117, S. 52

(4) Dazu insbesondere Kahn-Freund, aaO. (1967) 30 MLR 185, 186

(5) siehe dazu Putting Asunder, para. 29, S. 21; vgl. Santos v. Santos (1972) Fam. 247; (1972) 2 ALLER 246; (1972) 2 WLR 889; neuerdings: Livingstone v. Livingstone-Stallard (1974) 3 WLR 302

(6) Law Commission, Cmd. 3123, para. 118 No. (5), S. 53

b) Möglichkeit der gesetzlichen Interessensicherung

Zur Verankerung der Interessenabwägung im Scheidungsreformgesetz boten sich im wesentlichen zwei Alternativen an: Eine generalklauselartige Ermessensnorm, aufgrund deren das Gericht ganz allgemein die Scheidung entweder gewähren oder verweigern konnte⁽¹⁾, oder ein eng gefaßter Interessens-katalog, der dem Gericht nur einen geringen Ermessensspielraum gibt.

Der Studiengruppe wie der Law Commission erschien die erste Alternative nicht empfehlenswert: die Kommission hielt sie wegen der Vielzahl der mit dem Scheidungsrecht befaßten Gerichte und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit für ungeeignet⁽²⁾; die Studiengruppe befürchtete, daß die Gerichte ohne klare Richtlinien möglicherweise das Schuldprinzip wieder einführen könnten⁽³⁾.

Bei der zweiten Lösungsmöglichkeit stand die Frage der Prioritäten im Vordergrund: die Studiengruppe entschied sich für eine Pflicht des Gerichtes, die Scheidung selbst dann zu verweigern, wenn die endgültige Zerrüttung erwiesen war, sofern ein Scheidungsurteil im Widerspruch zum öffentlichen Interesse an Gerechtigkeit und der Institution der Ehe stünde⁽⁴⁾.

(1) Ersteres war in Neuseeland, letzteres in Australien vorgesehen; vgl. Law Commission, Cmd. 3123, para. 114, S. 51; Putting Asunder, App. B., para. 9, S. 101; para. 16, S. 106; siehe auch Eckelaar, der die Commonwealth Regelungen wörtlich wiedergibt: aaO. S. 244 ff., sowie die Gegenüberstellung bei Levin, aaO. S. 642; Freeman, aaO. S. 220 ff.; Barton, aaO. S. 355 ff.; zur Commonwealth Rechtsprechung ausführlich Rayden, S. 276 - 278

(2) aaO. para. 115, S. 51

(3) aaO. para 17, S. 107

(4) aaO. para. 66, S. 53

Die Law Commission hielt auch diese Formel für unpräzise⁽¹⁾ und schlug ihrerseits vor: "Der Richter kann die Scheidung nach seinem Ermessen verweigern, wenn er überzeugt ist, daß es unter Berücksichtigung des Verhaltens und der Interessen der Klageparteien und der Interessen der Kinder und anderer Betroffener falsch wäre, die Ehe aufzulösen, ungeachtet des öffentlichen Interesses an der Auflösung von Ehen, die endgültig zerrüttet sind"⁽²⁾.

Im gemeinsamen Vorschlag von Studiengruppe und Kommission sowie in Mr. Wilson's Gesetzentwurf von 1967 wurde diese Formel als Sollbestimmung, aber ansonsten unverändert, übernommen⁽³⁾.

c) Härteklausel

Vor dem aufgezeigten Hintergrund der Interessenabwägung und des Formulierungsvorschlags der Law Commission ist diejenige Vorschrift des Scheidungsreformgesetzes zu sehen, welche die Existenz höherrangiger Interessen ausdrücklich anerkennt und deshalb die Verweigerung des Scheidungsurteils ermöglicht⁽⁴⁾.

Section 4 des Gesetzes ist die einzige Durchbrechung des Grundsatzes, daß endgültig zerrüttete Ehen zu scheiden sind. Die Ausnahme ist ausschließlich auf die Fälle des fünfjährigen Getrenntlebens gemäß s.2(1)(e) beschränkt. Das Verhältnis der beiden Bestimmungen wurde von Stephenson LJ. folgendermaßen charakterisiert: "The one provision depends on the other and it is a safe assumption that the

{1} aaO.

{2} aaO. para. 119, S. 53

{3} Law Commission, No. 15, para. 7(b), S. 31; Divorce Reform Bill vom 29.11.67, clause 5

{4} s.4 DRA 1969, vgl. S.40 f.

new ground would not have been approved by Parliament if it had not been counterbalanced and controlled by this special defence to it"(1).

aa) Berücksichtigungsfähige Interessen

Von den verschiedenen Interessen bzw. Interessensträgern im Katalog der Law Commission⁽²⁾ ist der beklagte Ehegatte allein übriggeblieben: Nur wenn die Auflösung der Ehe für den B e k l a g t e n zu einer schweren finanziellen oder sonstigen Härte führen würde, muß das Gericht auf dessen Widerspruch die Klage abweisen. Der Gesetzgeber hat somit nur die Interessen des Beklagten für derart schutzbedürftig gehalten, daß die Durchbrechung des Zerrüttungsprinzips zu ihrem Schutz gerechtfertigt ist. Die Interessen anderer Betroffener, wie z. B. der Kinder der Ehe, wurden dazu nicht als ausreichend angesehen. Ihre Interessen dienen wie die des Klägers und außerehelich Betroffener, das Verhalten der Parteien sowie überhaupt alle Umstände des Falles lediglich als Anhaltspunkte für den Ermessensgebrauch des Gerichtes⁽³⁾.

Zwei Aspekte dieser Regelung verdienen besondere Aufmerksamkeit: Das Gesetz erkennt kein öffentliches Interesse an, das die Aufrechterhaltung einer endgültig zerrütteten Ehe rechtfertigt⁽⁴⁾. Der Law Commission war die Begründung

(1) Mathias v. Mathias (1972) 3 WLR 201; 3 ALLER 1 CA

(2) siehe oben S. 221 f.

(3) vgl. Annesley, aaO.; Levin, aaO. S. 643

(4) vgl. Levin, aaO. S. 642; Der besseren Unterscheidbarkeit wegen soll öffentliches Interesse hier im engeren Sinne verstanden werden. Im weiteren Sinne liegt selbstverständlich auch die Vermeidung individueller Härten im öffentlichen Interesse.

eines solchen Interesses bereits schwer gefallen⁽¹⁾. Das Gesetz hat nun endgültig davon abgesehen, die Institution der Ehe durch Zwang zur Ehe stärken zu wollen. Auch der Abschreckungswert eines Scheidungsverbots bei grob ehewidrigem Verhalten ist offensichtlich gering eingeschätzt worden⁽²⁾.

Die Verhaltensweisen beider Ehegatten müssen jedoch bei der Feststellung, ob eine Härte im Sinne des Gesetzes vorliegt, berücksichtigt werden. Es besteht die Gefahr, daß über den Begriff 'conduct'⁽³⁾ der Eheverfehlungsgedanke und damit moralische Wertungen auch bei Scheidungsklagen nach fünfjährigem Getrenntleben eine wichtige Rolle spielen und das Zerrüttungsprinzip untergraben könnten⁽⁴⁾. Der Ehegatte würde dann für sein Fehlverhalten mit dem Fortbestand der Ehe 'bestraft'⁽⁵⁾.

Einzelheiten und Wirkungsweise von s.4 in der Entscheidungspraxis werden an anderer Stelle untersucht werden⁽⁶⁾. An dieser Stelle genügt es, festzuhalten, daß das Gesetz s.4 als "Gegengewicht" zu s.2(1)(e) konzipiert hat, als Härteklausel zugunsten des Beklagten, insbesondere der Ehefrau in mittleren Jahren:

"It is reasonable to believe that the main (although not the only) purpose of s.4 was to protect respondent wives, especially those who had reached middle age, from losing the security, especially the financial security, of being married, and the chance of the benefits which a continuation of the married state would bring them..."⁽⁷⁾.

(1) siehe S.222; vgl. auch oben S. 212 f.

(2) Zur Verhaltenssteuerungsfunktion des Scheidungsrechts allgemein siehe S.243 ff.

(3) 'Fehlverhalten'

(4) vgl. Freeman, aaO. S. 200; Eekelaar, aaO. S. 246; Levin, aaO. S. 643; vgl. Putting Asunder, para. 17, S. 107; ders., oben S. 223; Seidl, aaO. S. 117

(5) Barton hält eine solche Auslegung von s.4 nach australischem Vorbild für möglich: aaO. S. 356; vgl. Law Commission, No. 15, S. 32 No. 7

(6) S.317 ff., 334 ff.

(7) Mathias v. Mathias, aaO. per Stephenson LJ.

bb) Grundsätzlicher Vorrang des Zerrüttungsprinzips

Die Härteklausele wurde dadurch qualifiziert, daß die tatbestandsmäßige materielle oder immaterielle Härte schwer sein muß und daß es unter Berücksichtigung aller Umstände nicht rechtens sein darf, die Ehe aufzulösen. Diese Qualifizierung, die an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden soll, unterstreicht, daß s.4 nicht den Zweck hat, den Erlaß eines Scheidungsurteils aufgrund von s.2(1)(e) zu einer Ermessensentscheidung zu machen⁽¹⁾. Section 4 "... can only apply in the most exceptional cases ... because it is so tightly drawn"⁽²⁾.

Eine endgültig zerrüttete Ehe soll nur in äußersten Ausnahmefällen, wenn es übergeordnete Gesichtspunkte der Gerechtigkeit angezeigt erscheinen lassen, im wohlverstandenen Interesse des Beklagten dem Bande nach aufrecht erhalten werden können⁽³⁾.

Der Gesetzgeber hat damit der Versuchung widerstanden, im Wege des Kompromisses mit den Gegnern der Reform die Grundsatzentscheidung für einen objektiven Zerrüttungstatbestand in s.2(1)(e) durch eine Generalklausel für alle Arten von Härtefällen zu unterlaufen und das materielle Zerrüttungsprinzip in dieser Vorschrift auszuhöhlen. Da s.2(1)(e) Regel und s.4 Ausnahme sind, konnte die von der Law Commission vorgeschlagene und im ersten Gesetzentwurf noch enthaltene ausdrückliche Bezugnahme auf das öffentliche Interesse an der Zerstörung leerer Rechtsformen ohne weiteres

(1) Law Commission, aaO.; vgl. Levin, aaO. S. 641; Bekelaar, aaO. S. 246

(2) Lord Reid, HL Parliamentary Debates, Hansard vol. 304, col. 1262

(3) Law Commission, aaO.

weggelassen werden. Die Wahrung dieses öffentlichen Interesses ist gleichermaßen Motiv und Zweck des Gesetzes, dessen Erreichung aufgrund von s.4 nur in äußersten Ausnahmefällen unzulässig sein soll⁽¹⁾.

d) Die einseitige Getrenntlebensscheidung in der Scheidungsstatistik

Die Scheidungsstatistiken für 1971 und 1972⁽²⁾ liefern keine Angaben über die Zahl der aufgrund von s.4 verweigerten Scheidungsurteile. Die Zahlen über die auf s.2(1)(e) gestützten Scheidungsklagen in Höhe von 29.911 für 1971 und 19.270 für 1972 gegenüber 11.277 und 8.650 Klagen aufgrund böswilliger Verlassung stellen jedoch unter Beweis, daß entsprechend den Erwartungen der Reformer ein starkes Bedürfnis für den Getrenntlebens-Scheidungsgrund ohne Verschulden und ohne Einwilligungserfordernis bestand.

Die weitere Entwicklung dieses Scheidungsgrundes kann von den vorliegenden Zahlen allerdings noch nicht abgelesen werden, da darin die Bewältigung eines 'Nachholbedarfs' von Ehescheidungen enthalten ist, die bisher am Widerstand eines Ehegatten scheiterten⁽³⁾. Die Höhe dieses 'Bedarfs'

(1) Einzelheiten der Ermessensausübung siehe S.329 ff.

(2) Civil Judicial Statistics 1971, Cmd. 4982, Tafel 10, S. 54; Civil Judicial Statistics 1972, Cmd. 5333, Tafel 10, S. 48; siehe oben S. 163 ; Hinzukommen Scheidungsklagen, die auf mehrere Zerrüttungstatbestände gestützt werden.

(3) Der auffallend starke Rückgang der Klagen unter s.2(1)(e) um über 10.000 bei nahezu gleicher Gesamtzahl der Scheidungsklagen scheint das zu bestätigen; vgl. S.163 FN 1

ist nicht bekannt⁽¹⁾, und die Schätzungen darüber gingen im Verlauf der Reformdiskussion weit auseinander⁽²⁾.

Einen verlässlicheren Anhaltspunkt gibt allenfalls die von der Law Commission erwartete Zahl von etwa 180.000 unehelichen Kindern unter 16 Jahren, die ehelich würden, falls das Scheidungsrecht die Eheschließung ihrer Eltern ermöglichen sollte⁽³⁾.

Außer den Verbindungen mit minderjährigen Kindern sind jedoch auch zahllose andere Fälle denkbar, in denen die Scheidung seit Jahren oder gar Jahrzehnten am Widerstand eines Ehegatten gescheitert ist und nach Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes jetzt aufgrund von s.2(1)(e) versucht werden wird⁽⁴⁾. Es läßt sich daher auch nicht annähernd absehen, wie groß der Altbestand an zerrütteten Ehen war, der zunächst einmal abgetragen werden würde, und auf welchem Niveau sich die Scheidungsrate stabilisieren wird⁽⁵⁾. Die höhere Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß erst in ein paar Jahren verlässliche Zahlen zur Verfügung stehen werden, aus denen die tatsächliche Bedeutung der Getrenntlebensscheidungen ohne Einwilligung absolut und im Verhältnis zu den Verfehlungsstatbeständen ersichtlich sein wird⁽⁶⁾.

- (1) Die Statistiken enthalten keine Angaben über die Dauer des Getrenntlebens über die Mindestfrist hinaus; vgl. Bissett-Johnson, aaO. S. 6
- (2) Levin, aaO. S. 647; Latey, aaO. S. 164; Oerton, Reforming the Divorce Law: a Rejoinder II, (1968) 112 Sol.J.572; vgl. Law Commission, aaO. para. 36, S. 19 FN 55
- (3) aaO. para. 66, S. 34; siehe S.213f; Kritisch gegenüber diesen Zahlen Lasok, aaO. (1968) 112 Sol.J. 430, der sie um ein Viertel niedriger schätzt.
- (4) Levin, aaO.; vgl. Passingham, aaO. paras. 102-107, S.39-41, der einen genauen Überblick über die in Betracht kommenden Ehesituationen gibt.
- (5) Aufgrund von Vergleichszahlen aus Australien rechnete die Law Commission mit einem gleichbleibenden jährlichen Anstieg der Scheidungen um 4.900 oder eher mehr bei Einführung des Getrenntlebens-Scheidungsgrundes; Cmnd. 3123, paras.67-68, S. 35. Der langfristige Anstieg scheint nun tatsächlich eher höher zu werden bzw. höher zu bleiben: Manchester & Whetton, aaO. (1974) 23 ICLQ 341
- (5) vgl. Brown, aaO. S. 528; Bissett-Johnson, aaO; Freeman, aaO. S. 197

Fünfter Teil: VERHINDERUNG DER SCHEIDUNG NICHT ENDGÜLTIG
ZERRÜTTETER EHEN (1)

A) Schutz vor verfrühter oder fälschlicher Annahme der
endgültigen Zerrüttung

Das englische Scheidungsrecht bzw. das Scheidungsreformgesetz kennt eine Vielzahl von Bestimmungen, die sicherstellen sollen, daß ein Scheidungsurteil nicht verfrüht oder fälschlicherweise ergeht. Zum Teil waren diese Vorschriften, wie z. B. die Inquisitionsmaxime oder das Verbot der Klageerhebung innerhalb von 3 Jahren nach der Eheschließung, schon im alten Recht vorhanden und wurden nun auch in einem Zerrüttungsscheidungsrecht für sinnvoll erachtet, zum Teil machte aber auch der Zerrüttungsgrundsatz neue Vorkehrungen erforderlich.

Als Verfahrensvorschriften sollen sie hier insoweit Beachtung finden, als sie Aufschluß über die Gestaltung des Zerrüttungsprinzips im englischen Scheidungsrecht geben.

I. Inquisitionsmaxime und gesetzliche Zerrüttungsvermutung

Die Zielsetzung des Scheidungsreformgesetzes, die Dauerhaftigkeit der Ehe zu stärken, die leere Rechtsform einer Ehe aber mit einem Maximum an Fairneß und einem Minimum an Verbitterung, Elend und Demütigung zu zerstören⁽²⁾, setzt voraus, daß das Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen vom Gericht positiv festgestellt werden kann, soweit das mit den Mitteln und Methoden des Rechts möglich ist. Es durfte daher nicht ausschließlich den Parteien überlassen bleiben, über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu befinden. Es mußte sichergestellt werden, daß eine Ehescheidung nicht so einfach zu erreichen ist, daß

(1) Siehe oben, S. 35 - 39

(2) Law Commission, aaO, para. 15, S. 10; siehe S. 31, 87 f.

die Ehepartner in keiner Weise dazu angehalten werden, ihre Ehe erfolgreich zu machen und - insbesondere - vorübergehende Schwierigkeiten zu meistern ⁽¹⁾.

1. Notwendigkeit der gerichtlichen Untersuchung

Die Dispositionsmaxime, die von einer natürlichen Gegnerschaft der Parteien unter gleichen Bedingungen ausgeht, kann diesen Anforderungen nicht genügen ⁽²⁾. Bei der Ehescheidung geht es nicht nur um die Auflösung eines privatrechtlichen Vertrages, sondern auch um den Status der Ehegatten und Kinder und damit um öffentliche Interessen ⁽³⁾.

Die Komplexität der interpersonalen Beziehungen einer Ehe und die Vielschichtigkeit der Interessensphären der Beteiligten und der Gesellschaft lassen nicht erwarten, daß im zivilrechtlichen Streitverfahren die wahre Sach- und Interessenlage mit ausreichender Zuverlässigkeit offengelegt wird ⁽⁴⁾.

Das führt zu der Gefahr, daß das Scheidungsrecht für heuchlerisch gehalten und nicht respektiert wird und vereitelt nicht nur die Zweckerreichung des Gesetzes, sondern bringt die ganze Rechtspflege in Mißkredit ⁽⁵⁾.

(1) Law Commission, aaO. para.16 S.10

(2) vgl. Zitat von Sir Frederick Pollock aus dem Jahre 1936 in Mc Gregor, aaO, S.175

(3) vgl. S.201 und das aaO. in FN 6 nachgewiesene Schrifttum; D.v.D.(1973) Times 7.3., per Baker P.; Lord Devlin, aaO, S.73

(4) Mortlock, S.36; Lord Devlin, aaO, S.73, 74 Ausführlich mit der Problematik des heutigen Verfahrens in Ehescheidungen setzt sich Mostyn auseinander; aaO. (1970) 120 NLJ 505; Ebenso Lasok aaO, S471

(5) Law Commission, para.18, S.11, Cmnd. 3123

Auch ohne die Einführung eines grundsätzlich neuen Verfahrens für unstreitige Ehescheidungen hätte diesen Gefahren zumindest teilweise begegnet werden können, indem der Gesetzgeber den Vorschlag der erzbischöflichen Studiengruppe für "divorce by inquest" übernommen hätte ⁽¹⁾. Dann wäre der wahre Zustand der Ehe im Scheidungsverfahren regelmäßig vom Richter zu untersuchen und positiv festzustellen gewesen. Diese Erschwerung des Verfahrens und die damit verbundenen finanziellen und personellen Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation waren der Allgemeinheit jedoch nach Ansicht der Law Commission nicht zuzumuten ⁽²⁾. Wenn das Scheidungsrecht humaner werden sollte, gäbe die unstreitige Scheidung ein besseres Modell ab als die zeitraubende, teure und peinliche streitige Scheidung ⁽³⁾. Mit den s.2 (1)(2) und s.2 (3) des Reformgesetzes hat der Gesetzgeber eine Lösung gefunden, die es ermöglicht, die Mehrzahl der Scheidungen unstreitig und ohne positive Zerrüttungsuntersuchung aufgrund der gesetzlichen Vermutung auszusprechen, andererseits aber mit der Inquisitionsmaxime die Gerichte dazu anhält, in eine Untersuchung der Scheidungsvoraussetzungen einzutreten, wenn es die Sachlage erfordert ⁽⁴⁾. Es gibt Situationen, in denen das Gericht in der Lage sein muß, "nein" zu sagen, obwohl beide Gatten die Scheidung wollen ⁽⁵⁾. Insbesondere in den Fällen, in denen die endgültige Zerrüttung als solche streitig ist, hat das Gericht den gesetzlichen Auftrag, den wahren Zustand der Ehe zu ergründen ⁽⁶⁾.

(1) Putting Asunder, aaO. paras. 84 ff. S. 67 ff.; App. C, paras. 7 ff. S. 118 ff.

(2) aaO. paras. 60 - 62, S. 31 - 33;

(3) Law Commission, aaO. para. 60, S. 32

(4) Vgl. S. 73 ff. zur Untersuchungspflicht in Bezug auf die Zerrüttung selbst. Zum Umfang der Untersuchungspflicht siehe Levin, aaO. S. 638; Kahn-Freund, aaO. (1956) 19 MLR 573

(5) Kahn-Freund, aaO.

(6) Ash v. Ash (1972) 1 All ER 584; (1972) 1 WLR 347; (1972) Fam. 135

Aber auch bei unstreitigen Scheidungen aufgrund von s.2(1)(d) oder (e) sollen die Gerichte mit äußerster Sorgfalt prüfen, ob das 'consortium vitae' fortbesteht oder die Ehe zu einer leeren Rechtsform geworden ist⁽¹⁾. Bei Scheidungsklagen aufgrund von s.2(1)(a) muß das Gericht der Behauptung des Klägers auf den Grund gehen, er finde das Zusammenleben unerträglich⁽²⁾. Scarman LJ. beruft sich zur Begründung der Untersuchungspflicht des Gerichtes - auch in unstreitigen Scheidungen - ausdrücklich auf s.2(2)⁽³⁾. Da jede Klage grundsätzlich mit einer sorgfältigen Überprüfung rechnen muß, ist gewährleistet, daß das Zerrüttungsprinzip nicht zur Leerformel wird. Der Untersuchungsgrundsatz erfüllt somit in der im Scheidungsreformgesetz erhaltenen Gestalt zwei Funktionen: er verhindert erstens den Mißbrauch der typischen Zerrüttungssituationen in s.2(1) und stellt zweitens die Anwendbarkeit des Zerrüttungsprinzips in den verbleibenden Ausnahmefällen sicher - dient also der Einzelfallgerechtigkeit.

2. Widerleglichkeit der Zerrüttungsvermutung

Diesem Ziel dient gleichfalls die Konstruktion der "facts" der s.2(1) als widerlegliche Zerrüttungsvermutungen, ohne die die Wirksamkeit des Untersuchungsgrundsatzes auf die Mißbrauchsverhütung beschränkt wäre. Das Gericht kann dadurch der individuellen Situation einer Ehe Rechnung tragen, ohne - wie bei einer Generalklausel - zur Durchleuchtung der Intimsphäre jeder einzelnen Ehe gezwungen zu sein. Die Absicht, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit in praktikabler Weise zu verbinden, hat das Scheidungsgesetz auch im Verfahrensteil

- (1) Santos v. Santos (1972) Fam. 247; (1972) 2 AllER 246; (1972) 2 WLR 889; siehe S.185 f.
- (2) Roper v. Roper and Porter (1972) 1 WLR 1314; (1972) 3 AllER 668; bestätigt in Cleary v. Cleary and Hutton (1974) 1 WLR 76, 78 CA; siehe S. 104 ff., 106
- (3) Cleary v. Cleary and Hutton, aaO.

davor bewahrt, einer "reinen Lehre" zu folgen und neben deren Vorteilen auch die beachtlichen Nachteile zu übernehmen. Weder wurde eine Generalklausel, noch wurden unwiderlegliche Zerrüttungsvermutungen oder eine bloße Kombination der beiden in das Gesetz übernommen. Die widerleglichen Zerrüttungsvermutungen auf der Grundlage mehrerer verschiedener Ehesituationen bilden vielmehr - wie im vorangegangenen Abschnitt aufgezeigt wurde ⁽¹⁾ - ein komplexes System von Scheidungsgrundlagen, das einen festumrissenen Trennungstatbestand ebenso umfaßt wie eine generalklauselartige Norm für ehewidriges Verhalten im weitesten Sinne ⁽²⁾. Die Vermengung von Verschuldens- und Zerrüttungselementen einmal dahingestellt, ist unbestreitbar, daß das englische System - ebenso wie das Scheidungsrecht Kanadas, Australiens oder Neuseelands - mit speziellem Rechtsschutz für eine Vielzahl typischer scheidungssträchtiger Ehesituationen und daran anknüpfende Kasuistik ein Höchstmaß an Rechtssicherheit bei größtmöglicher Einzelfallgerechtigkeit dank Inquisitionsmaxime und Widerleglichkeit der Zerrüttungsvermutung zu erzielen imstande ist ⁽³⁾. Rechtssicherheit schließt dadurch die Realisierungsgewißheit ein, d. h. die sichere Chance, daß die Normen verwirklicht und durchgesetzt werden können ⁽⁴⁾. Dieser Behauptung braucht hier nicht weiter nachgegangen werden ⁽⁵⁾. Die für das Zerrüttungsprinzip bedeutsame Folgerung ist, daß aufgrund der dargestellten Verfahrensregelungen Ehen im Grundsatz erst und nur dann geschieden werden, wenn sie tatsächlich endgültig zerrüttet sind. Ehen, die dieses Stadium nicht erreicht haben, werden nicht geschieden,

(1) S.93 - 229: Materielles Zerrüttungsprinzip

(2) S. 2(1)(b) - vgl. S.127 ff.

(3) Vgl. Giesen, Aktuelle Probleme, S.8-10; Law Commission, aaO, para. 58, S.30 zum Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit bei der Einführung des Zerrüttungsprinzips. Die vorrangige Rolle, die der Gedanke der Rechtssicherheit im Scheidungsreformgesetz spielt, unterstreicht

Little, aaO, S. 1097

(4) Zippelius, aaO. S.124

(5) Kritik siehe S.51, 80, 85 ff.

weil erstens die Zerrüttungsvermutung eines 'facts' widerlegbar ist und zweitens die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes der richterlichen Überprüfung unterliegt. In Übereinstimmung mit den Vorstellungen der Law Commission von der Scheidungsrechtsreform ist damit der Scheidungsausspruch nicht lediglich aufgrund einer Zerrüttungsbehauptung - und damit einfach - zu erlangen⁽¹⁾.

II. Beteiligung des Queen's Proctor am Verfahren

Die Bemühungen des Gesetzgebers, mit dem Zerrüttungsprinzip nicht zugleich die freie Disponierbarkeit der Ehe einzuführen, wird durch eine Reihe weiterer Bestimmungen unterstrichen:

Während des Verfahrens kann das Gericht zur Aufklärung des Sachverhaltes oder zur Erörterung von Rechtsfragen die Dienste des Queen's Proctor - eines Staatsanwalts⁽²⁾ in Ehesachen - in Anspruch nehmen⁽³⁾. Auch die Prozeßparteien und jeder Dritte, können dem Queen's Proctor Informationen zukommen lassen, die diesen zur Beteiligung am Scheidungsverfahren veranlassen können⁽⁴⁾. Nach dem Ergehen des vorläufigen Urteils⁽⁵⁾ kann der Proctor von sich aus, ebenso wie auch jeder Dritte, unmittelbar intervenieren und Gründe aufzeigen, warum das Scheidungsurteil nicht für endgültig erklärt werden sollte⁽⁶⁾, Für eine solche Intervention steht eine Frist von sechs Wochen zur Verfügung, die aus diesem Grunde zwischen 'decree nisi' und 'decree absolute' verstreichen muß⁽⁷⁾.

{1} Cmd. 3123, para. 16, S. 10; vgl. oben S.230 f.

{2} Diese Übersetzung verwendet auch Boschan, aaO. S. 199

{3} s.6(1)(a) MCA 1965; Einzelheiten dieses Verfahrens: siehe Rayden, S. 457 ff. (paras 29 ff.); jetzt s.8(1)(a) MCA 1973

{4} s.6(1)(b) MCA 1965; jetzt s.8(1)(b) MCA 1973

{5} siehe dazu S.36 FN 3

{6} s.7(1) MCA 1965; jetzt: s.9(1) MCA 1973

{7} Bromley, aaO. S. 208; siehe oben S.36 f.

Der Proctor greift heute nur noch selten vor dem "decree nisi" ein; der übliche Verfahrensgang ist der, daß der Richter nach dem vorläufigen Ausspruch die Akten an den Proctor weiterleitet, wenn der Verdacht besteht, daß Tatsachen verheimlicht wurden, oder Tat- oder Rechtsfragen der weiteren Aufklärung bzw. Erörterung bedürfen ⁽¹⁾. Interventionen von privater Seite kommen heute selten vor und die Gerichte sind ihnen gegenüber abgeneigt ⁽²⁾. Aber auch Nachforschungen des Queen's Proctor waren bereits unter dem alten Recht selten ⁽³⁾. Nach dem Wegfall des Kollusionsverbots und der übrigen Scheidungshinderungsgründe ist noch weniger Anlaß für das Tätigwerden des Proctors gegeben. Wenn der Gesetzgeber trotzdem die Interventionsmöglichkeiten beibehalten hat, kann das nur mit der Absicht geschehen sein, die Parteien zur vollständigen Offenlegung des Sachverhalts anzuhalten und vorsätzliche Täuschungen des Gerichts zu verhindern ⁽⁴⁾. "The functions of the Queen's Proctor have been reduced since the alteration in the basis of divorce law made by the Divorce Reform Act 1969 but he still has a function to perform where, for example, there is a suspicion that a false case has been presented or where the court refers a case to him" ⁽⁵⁾.

(1) Tolstoy, aaO, S.198

(2) Tolstoy, aaO, S.200

(3) Law Commission, aaO, para.60, S.32

(4) Passingham, aaO, para 80 S.32; Vgl. Law Commission aaO, para.109, S. 49,59; a.A. ist Levin, die aufgrund des dem Gesetz zugrundeliegenden Rechtsgedankens annimmt, das Gericht könne auch dann das vorläufige Urteil nicht aufheben, wenn die Parteien das Gericht vorsätzlich getäuscht hätten; die Ehe sei tot und solle nicht zur Strafe für den Täuschungsversuch aufrechterhalten werden: aaO. S. 639; vgl. Kahn-Freund, aaO. (1967) 30 MLR 185,186

(5) Rayden, para.11, Suppl. S.B. 51

III. Besondere Sicherungen bei der Einwilligungsscheidung ⁽¹⁾

Die Einführung der Einwilligungsscheidung nach zweijährigem Getrenntleben ⁽²⁾ ließ es dem Gesetzgeber geboten erscheinen, mit zusätzlichen Schutzbestimmungen sicherzustellen, daß Urteile nicht lediglich aufgrund Getrenntlebens und glaubhaft gemachter Einwilligung ergehen, ohne daß der Beklagte ausreichend über die rechtlichen und tatsächlichen Folgen seiner Einwilligung in Kenntnis gesetzt wurde ⁽³⁾. Die Ehezerüttung kann daher vom Kläger nicht nur einfach behauptet werden, sondern muß durch die bewußte Mitwirkung des Beklagten erhärtet werden. Neben dem Schutz des Beklagten stellen ss. 2 (6) und 5 des Gesetzes damit sicher, daß die Einwilligungsscheidung nur aufgrund tatsächlicher endgültiger Zerrüttung und nicht als fingierte Konventionalscheidung gegen den eigentlichen Willen des Beklagten erfolgt.

IV. Besondere Zerrüttungsprüfung bei einseitigem Scheidungsverlangen nach fünfjährigem Getrenntleben

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle die Härteklausele erwähnt, die einen gerechten Ausgleich der Interessen der Ehegatten am ~~Fort~~ Bestand bzw. der Auflösung des Rechtsbandes bezweckt. Die Erhebung des Widerspruchs des Beklagten gegen den Scheidungsausspruch führt zu einer eingehenden zusätzlichen Untersuchung der ehelichen Verhältnisse und bewirkt einen unmittelbaren

(1) siehe S. 36 f.

(2) s. 2(1)(d) DRA 1969

(3) vgl. S. 199 ff.

Schutz vor fälschlicher Ehescheidung trotz Zerrüttung⁽¹⁾.

V. Dreijahresfrist⁽²⁾ - Zugleich zur Frage der Sperrfristen
als Mittel zur Stärkung der Dauerhaftigkeit der Ehe -

1. Tatbestand und Zweck der Dreijahresfrist

Hatten die bisher erörterten Vorschriften unmittelbar oder mittelbar den Zweck, eine fälschliche Feststellung der endgültigen Zerrüttung bzw. der Tatbestandsvoraussetzungen für einen Scheidungsanspruch zu verhindern, so bezweckt s.2 MCA 1965 den Schutz junger Ehen vor verfrühtem Auseinanderbrechen. In den ersten drei Jahren nach der Eheschließung darf keine Scheidungsklage eingereicht werden, teils, um zu verhindern, daß die Ehe vorschnell eingegangen wird, teils um zu verhindern, daß die Ehe vorschnell aufgegeben wird, ohne daß die Ehegatten Zeit hatten, einen Versuch zu wagen, aus der Ehe einen Erfolg zu machen⁽³⁾. Die Sperrfrist von drei Jahren seit der Eheschließung⁽⁴⁾, innerhalb derer Ehen nur in äußersten Ausnahmefällen geschieden werden können⁽⁵⁾, ist ein wichtiges und charakteristisches Gestaltungsmerkmal des englischen Scheidungsrechts⁽⁶⁾. Sie war 1937 als "Trostpflaster" für die Gegner der damaligen Scheidungsreform in das Scheidungsgesetz eingeführt worden⁽⁷⁾. Die Morton Commission hatte das Für und Wider dieser Bestimmung erörtert und sich wegen der abschreckenden und damit stabilisierenden Wirkung für die Ehe für die Beibehaltung der Sperrfrist ausgesprochen⁽⁸⁾.

(1) Im übrigen siehe zur Härteklausele S.219 ff. und S.317 ff.

(2) siehe S.35 f.

(3) Bromley, aaO. S. 206; vgl. Seidl, aaO. S. 110

(4) s.2(1) MCA; jetzt: s.3(1) MCA 1973

(5) s.2(2) MCA; jetzt: s.3(2) MCA 1973

(6) Bekelaar, aaO. S. 72

(7) Matrimonial Causes Act 1937 s.1(1); Fuxon, S.63, Mortlock, aaO. S.11, Bromley, aaO.; vgl. oben S.8 f.

(8) aaO. paras. 215, 216, S. 64

Nachdem auch die erzbischöfliche Studiengruppe ⁽¹⁾ und die Law Commission die Beibehaltung der Sperrfrist empfohlen hatten ⁽²⁾, die von der breiten Öffentlichkeit generell akzeptiert wurde ⁽³⁾, sah der Gesetzgeber keine Veranlassung, diese Regelung nicht auch im Zerrüttungsscheidungsrecht beizubehalten:

Die Sperrfrist sei eine nützliche Schutzvorkehrung gegen unverantwortliche oder nur auf Probe eingegangene Ehen und eine wertvolle äußere Stütze für die Beständigkeit der Ehen während der "schwierigen ersten Jahre" ⁽⁴⁾ und trage daher dazu bei, eines der Hauptziele eines guten Ehescheidungsrechts zu erreichen ⁽⁵⁾. Wer eine Ehe eingeht, sollte wissen, daß er sich nicht auf einen einfachen und schnellen Rückweg zum Status quo ante verlassen kann, wenn er es mit der Ehe nicht ernst meint oder das Pech hat, Fehler zu machen ⁽⁶⁾. In exzeptionellen Ausnahmefällen muß in Anbetracht der Länge der Sperrfrist die Erziehungs- oder Abschreckungsfunktion allerdings hinter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit zurücktreten: wenn der Kläger eine außerordentliche Härte erlitten oder der Beklagte sich außerordentlich verwerflich verhalten hat, kann der Richter unter Berücksichtigung der Interessen der Kinder der Familie ⁽⁷⁾ und der Wahrscheinlichkeit einer Aussöhnung ⁽⁸⁾ innerhalb der Sperrfrist die Klageerhebung vor Ablauf der

(1) Putting Asunder, aaO. para. 78, S. 64 u. App. C para. 4, S. 116

(2) Law Commission, aaO. para. 19, S. 11

(3) Law Commission, aaO.

(4) Daß es sich bei dieser Bezeichnung keinesfalls um einen Gemeinplatz ohne Rückhalt in der Wirklichkeit handelt, beweisen statistische Erhebungen aus mehreren Ländern, wonach in den ersten drei Jahren die Ehem gefährdetsten ist. Dominian, S. 18, 19; Chester u. Streather, aaO. S. 153

(5) Law Commission, aaO; Zum Zweck des Gesetzes ebenso Passingham, para. 5, S. 2, 3

(6) Eekelaar, aaO. S. 73

(7) Zu diesem Begriff siehe S. 43 FN 3 und Tolstoy, S. 185

(8) Zur Beurteilung der Aussöhnungsaussichten siehe S. 260 ff.

Dreijahresfrist zulassen ⁽¹⁾. Das Gesetz gibt keine Definition der exzeptionellen Härte und Verworfenheit. Die Rechtsprechung legt einen subjektiven Maßstab an und betont den Zusatz: "außerordentlich" ⁽²⁾. Die Zerrüttung einer so jungen Ehe als solche oder Fehlverhalten im Sinne von s.2(1)(b) genügen nicht ⁽³⁾ 'Cruelty' mit ernster Gefahr für Leib und Leben des Klägers oder besondere Anstößigkeit der Verfehlung des Beklagten - wie z.B. Ehebruch mit Hauspersonal innerhalb weniger Wochen nach der Eheschließung - werden nach der früheren Rechtsprechung zur Zulassung der Scheidungsklage führen ⁽⁴⁾. Die neuere Rechtsprechung legt einen noch schärferen Maßstab an, wie die Entscheidung Blackwell v. Blackwell zeigt: Die Parteien hatten vor der Eheschließung sieben Jahre zusammengelebt. Zwei Monate danach beging der Ehemann Ehebruch und nach zwei weiteren Monaten lebte er mit der anderen Frau zusammen. Der Court of Appeal hielt dieses Verhalten nicht für außerordentlich verwerflich: "A sensible right thinking person at the present time would not regard the husband's conduct as exceptional depravity. It was just extremely adulterous conduct" ⁽⁵⁾. Die Härteklausel in s.2(2)MCA 1965 zieht also nicht die Aufrechterhaltung des rechtlichen Bandes nach sich - wie es sonst das Wesen von Härteklauseln im Scheidungsrecht ist ⁽⁶⁾ - sondern dessen Auflösung und ermöglicht es damit den Ehegatten, die sich besonders verwerflich

(1) s.2 (2) MCA 1965

(2) Tolstoy, aaO. S. 50; Puxon, S. 142; Mortlock, aaO; Bowman v. Bowman (1949) P. 353 CA, per Denning LJ.

(3) Bromley, aaO. S. 207; Passingham, aaO.

(4) Puxon, aaO; Beispiele aus der Rechtsprechung bei Tolstoy, aaO. S. 49, 50; vgl. auch Seidl, aaO. S. 33

(5) (1973) 123 NLJ 1068; (1973) Times 13.11. CA

(6) vgl. s.4 DRA 1969 : siehe S. 219 ff., 317 ff..

verhalten haben, die Abschreckungsvorschrift zu umgehen⁽¹⁾. Gelingt das nicht, dann wird - wie der Fall Blackwell v. Blackwell gezeigt hat - durch den Zwang, an der zerstörten Ehe festhalten zu müssen, eher derjenige Ehegatte bestraft, der sich nicht ehewidrig verhalten hat. Wie auch immer die Sachlage im Einzelfall sein mag, die Ausnahmeklausel ist wegen der Länge der Sperrfrist zwar sachlich notwendig, ist aber immer eine Einbruchsstelle des Schuldprinzips und daher mit dem Prinzip der Zerrüttungsscheidung nicht zu vereinbaren.

2. Rechtsschutz innerhalb der Sperrfrist

Das Gesetz geht von vergangenem Verhalten aus, von Härte, die der Kläger erlitten hat. Vom Zweck der Vorschrift her sollte das einzige relevante Kriterium für eine Ausnahme jedoch sein, ob die Einhaltung der Sperrfrist zu einer außerordentlichen Härte für den Kläger führt⁽²⁾. Selbst bei einer Beurteilung der Härte unter dem letztgenannten Gesichtspunkt erscheint es fraglich, ob die Auflösung der Ehe der geeignete Rechtsschutz im Rahmen der Sperrfrist ist. Die erzbischöfliche Studien-Gruppe hielt Getrenntleben der Parteien bzw. eine gerichtliche Trennungsanordnung eher für die geeignete Abhilfe als eine Scheidung, wollte allerdings auf eine Scheidbarkeit nicht grundsätzlich verzichten⁽³⁾. Es sei nicht wünschenswert, daß Menschen, die bei ihrer Partnerwahl so töricht waren, daß sie innerhalb von drei Jahren einer "unerträglichen Situation" ausgesetzt sind, das Recht erhalten, ohne Überlegungszeit erneut eine Ehe einzugehen⁽⁴⁾.

In einem Scheidungsrecht, das auf dem Zerrüttungsprinzip beruht, ist die von der Studiengruppe vorgeschlagene Lösung für

(1) Eekelaar, aaO. S. 73; Eine vorsätzliche Irreführung des Gerichts zur Gewährung des Dispenses würde - sofern dies dem Gericht bei der Scheidungsverhandlung bekannt wird - die Zweckerreichung allerdings vereiteln: s.5(5) MCA 1965

(2) vgl. Eekelaar, aaO. sowie Tolstoy, aaO. FN 9

(3) Putting Asunder, App. C, paras. 4, 5, S. 116, 117

(4) Putting Asunder, aaO. para. 4, S. 116

die Härtefälle innerhalb der Sperrfrist zweifellos die bessere: der Grundsatz wird nicht dadurch verletzt, daß in den bezeichneten Ausnahmefällen die Ehe eben doch wegen schwerer Eheverfehlungen anstatt endgültiger Zerrüttung geschieden wird. Die gerichtliche Trennungsanordnung würde jedoch weiterhin aufgrund von Eheverfehlungen ergehen⁽¹⁾.

Wenn eine gefährliche Situation für einen Ehegatten besteht, ist eine sofortige Trennung auch sachlich das schnellste und geeignetste Mittel und der Lösung des rechtlichen Bandes vorzuziehen⁽²⁾. Rechtsmacht für das Gericht, einstweilige Anordnungen zum Verlassen der Ehewohnung und für den Unterhalt zu treffen, gibt in Härtefällen besseren Rechtsschutz als die Möglichkeit, ein Scheidungsverfahren einzuleiten⁽³⁾, und in der Praxis ist dieses persönliche Recht wichtiger als Eigentumsrechte⁽⁴⁾.

Diese Lösung läge auch im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit, da keine Gefahr unterschiedlicher Ermessensausübung der Gerichte bei der Gewährung des Dispenses bestünde⁽⁵⁾. Eine zwingende Sperrfrist in dieser Form negiert allerdings die Möglichkeit von Härten, die nur durch eine unverzügliche Lösung des rechtlichen Bandes beseitigt werden können. Ob diese durch den letzteren schweren Nachteil nun doch wieder nicht mit dem Zerrüttungsprinzip vereinbare Sperrfrist wegen höherrangiger Werte und schutzwürdiger Interessen nicht trotzdem auch in einem Zerrüttungsscheidungsrecht Platz haben kann, ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

(1) Putting Asunder, aaO.

(2) vgl. Bekelaar, aaO. S. 234;

(3) siehe McGibbon v. McGibbon (1973) 2 WLR 1013; (1973) Fam. 170; McLeod v. McLeod (1973) Times 2.7.; vgl. P.v.P. (1973) Times 1.3. = Phillips v. Phillips (1973) 117 Sol.J. 323

(4) Cretney, Excluding Husband from Home, (1971) 121 NLJ 376

(5) vgl. Morton Commission, para. 217, S.64, 65

3. Verhaltenssteuerung durch das Scheidungsrecht

Der Wert einer Sperrfrist hängt davon ab, ob mit ihr eine direkte oder indirekte⁽¹⁾ Verhaltenssteuerung erzielt werden kann, die im Interesse der Ehegatten oder der Gesellschaft liegt. Andernfalls ist sie lediglich eine der für das frühere Recht typischen Fiktionen fern der Realität und daher heute obsolet. Zur Beurteilung ihres Wertes bedarf es der vorherigen Klärung der grundsätzlichen Frage nach der Einflußmöglichkeit des Scheidungsrechts auf das Verhalten der Ehegatten. Ausgangspunkt und Maßstab der Wertung ist das Zerrüttungsprinzip.

a) Sperrfrist und Zerrüttungsgrundsatz

Grundsätzlich verlangt das Zerrüttungsprinzip die Scheidung von Ehen, die endgültig zerrüttet sind. Jeder Verzug und jede Sperrfrist stehen daher zunächst einmal im Widerspruch zu diesem Prinzip des Scheidungsrechts, da damit ansich 'tote' Ehen künstlich aufrechterhalten werden. Das Prinzip ist jedoch kein Selbstzweck und duldet Ausnahmen aus höherrangigem Grund. Die Förderung der Stabilität der Ehe ist ein wesensimmanentes Merkmal des Zerrüttungsgedankens und von der Law Commission eigens als erstes Ziel eines guten Scheidungsrechts proklamiert worden⁽²⁾. Grundsätzlich ist daher gegen Vorkehrungen, die die Beständigkeit der Ehe fördern sollen, nichts einzuwenden, auch wenn dadurch die Scheidbarkeit zerrütteter Ehen eingeschränkt wird. Diese These wird auch durch die Überlegung bekräftigt,

- (1) Das würde voraussetzen, daß das mit der Sperrfrist angestrebte Verhalten als sozialübliches erfahren und deshalb gemäß der Regel gelebt wird.
- (2) Cmd. 3123, para. 15, S. 10

daß die endgültige Zerrüttung einer Ehe zwar ein beklagenswerter Zustand ist, der nach Beseitigung ruft, nicht aber per se eine Härte für die Ehegatten darstellt. Die Aufrechterhaltung einer solchen Ehe über einen bestimmten Zeitraum kann daher nicht per se aus dem Gesichtspunkt der Vermeidung unbilliger Härten abgelehnt werden.

b) Scheidungsrecht und soziale Wirklichkeit

Sperrfrist und Zerrüttungsgrundsatz schließen einander nicht aus. Eine Einschränkung des Zerrüttungsprinzips kann jedoch nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Schutz höherrangiger Werte, wie etwa die Stabilität der Institution Ehe, dadurch nicht nur ermöglicht werden soll, sondern auch tatsächlich gefördert wird.

aa) Die Faktoren ehelicher Zerrüttung

Die zwangsweise Aufrechterhaltung endgültig zerrütteter Ehen als solche kann keine ehestärkende Wirkung haben. Inwieweit man von einer Abschreckung auf diejenigen sprechen kann, deren junge Ehe in Schwierigkeiten gekommen ist, oder die eine Ehe erst eingehen wollen, erscheint fraglich. Eheliche Schwierigkeiten haben gewöhnlich verschiedene und tiefgehende Ursachen und Gründe, und das Scheitern einer Ehe ist ein psychologisches Phänomen von großer Komplexität, das von der sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Umwelt beeinflusst wird, auf die das Scheidungsrecht schwerlich Einfluß nehmen kann⁽¹⁾. Diese Einflüsse hat Feick bereits im Jahre 1911 folgendermaßen gekennzeichnet:

(1) Kahn-Freund, aaO. (1956) 19 MLR 577; vgl. Eekelaar, aaO. S. 35, 36; Freeman, aaO. S. 205; Die Feststellung der Kausalfaktoren, die das Recht beeinflussen soll, ist obendrein nicht nur im jeweiligen Einzelfall sehr schwierig, sondern wird auch ganz allgemein durch unzureichende Untersuchungen und Erkenntnisse erschwert; vgl. die Erörterung der Ursachen ehelicher Zerrüttung oben S. 67 ff.

"Neben den mancherlei klimatischen und ethnologischen Einflüssen spielen individuelle Veranlagung, das soziale Milieu, Erziehung und Beispiel eine über den Einfluß des Gesetzes weit hinausgehende Rolle"⁽¹⁾. Den Schwerpunkt der Ursachen der Zerrüttung sieht Dominian in psychischer Unreife der Ehepartner, die sich in Eigenschaften und Bedürfnissen zeige, die eigentlich in eine frühere Entwicklungsphase der Persönlichkeit gehörten und jetzt die Bewältigung der Anforderungen der ehelichen Gemeinschaft verhinderten: "Thus the roots of marital failure must be considered to exist premaritally in the personality of the spouses"⁽²⁾. Die entscheidenden Kausalfaktoren liegen demnach - soweit pauschale Aussagen darüber möglich sind - in der Persönlichkeit der Ehegatten und ihrer spezifischen Interaktion⁽³⁾.

- (1) Gegenseitige Einwilligung als Scheidungsgrund, S. 32
- (2) Dominian, aaO. S. 40; Einblick in die Komplexität ehelicher Interaktionen in einer Gesamtschau der Verhaltenswissenschaften gibt Dicks, Marital Tensions, S. 129-133; vgl. ferner Foster, The Inter-Relation between Law and Psychiatry in Matrimonial Problems, (1968) 2 FLQ 266 ff.; Eine Zusammenstellung der Faktoren, die mit der Ehezerüttung in Zusammenhang gebracht werden, mit ihrer soziologischen Bedeutung findet sich bei Goode, Family Disorganization, S. 500, 501; Den Zusammenhang zwischen der Sozialstruktur und der Ehezerüttung in England zeigen auf: Noble, Family Breakdown and Social Networks, Brit.J.Soc. 21(1970) 135-149, sowie neuerdings Gibson, The association between divorce and social class in England and Wales, Brit.J.Soc. 25 (1974) 79-92; vgl. auch Goode, Marital Satisfaction and Instability: A Cross-Cultural Class Analysis of Divorce Rates, S. 148, 149; ferner: Dominian, aaO. S. 21 ff.: "Choosing a Partner: Social and Religious Factors"; Eekelaar, aaO. S. 25 ff.
- (3) Dominian, aaO. S. 19; Biestek, aaO. S. 5

bb) Die Einflußmöglichkeiten des Scheidungsrechts

Wie immer man die Schwerpunkte der Faktoren setzen mag, die zur endgültigen Zerrüttung einer Ehe führen – die verschiedenen Wissenschaftszweige, die sich heute mit den Problemen der Ehe und Familie beschäftigen, bieten dazu viele 'Modelle' an – bleibt doch klar, daß der Einfluß des Rechts auf diese Faktoren wie auf die Zerrüttung selbst gering ist⁽¹⁾. Der grundlegende Wandel des Scheidungsrechts in England seit 1900 hat zwar die Scheidungszahlen gewaltig ansteigen lassen⁽²⁾, es gibt jedoch keine eindeutigen Beweise dafür, ob und inwieweit damit auch die Zahl der zerrütteten Ehen angestiegen ist⁽³⁾. Vor diesem Hintergrund erscheint es ausgeschlossen, daß eine verhältnismäßig unbedeutende gesetzliche Regelung wie die Einführung oder Abschaffung einer Sperrfrist für die Ehescheidung Einfluß auf die Stabilität der ehelichen Gemeinschaft im ganzen haben kann⁽⁴⁾. Die soziale Wirklichkeit der Ehe und das Normengebäude des Scheidungsrechts berühren sich erst, wenn aus dem zerrütteten Zustand der Ehe rechtliche Konsequenzen gezogen werden sollen. Erst wenn ein Ehegatte oder beide eine neue Verbindung eingehen wollen, bringen sie das Recht ins Spiel, das fortan – nach dem tatsächlichen Zusammenbruch – darüber befindet, ob die Ehe auch rechtlich am Ende ist,

- (1) vgl. Eekelaar, aaO. S. 185; Eine Übersicht über die wichtigsten Faktoren, die zur 'family disintegration' führen, gibt ders., aaO. S. 25 ff.
- (2) Halsey, Trends in British Society Since 1900, S. 28; ders., aaO. S. 47; Durchschnittszahlen der Jahre 1901–1905: 812 Scheidungsklagen, 1968: 55.007 Klagen; siehe auch: Turner, Family and Kinship in Modern Britain, S.73; vgl. oben S.13 f.
- (3) McGregor, aaO. S. 54, 56; Rheinstein, aaO. (1956) 9 Vand. LR 660; ders. Marriage Stability, S. 259; Eekelaar, aaO. S. 35, 187, 284; Dominian, aaO. S. 16; Kahn-Freund, aaO. S. 576, Johns, The Social Structure of Modern Britain, S. 68; Fletcher, aaO. S. 140; Chester and Streather, aaO. S. 154; König, aaO. sec. 99; Paulsen, Divorce–Canterbury Style, New Society 8 (1966) 185; McRae, aaO. para. 3, S. 163; Law Commission, Cmd. 3123, para. 7, S. 7
- (4) Zur Beschränktheit rechtlicher Wirkungsmöglichkeiten vgl. Wolf, aaO. S. 16

und welches die Folgen der Auflösung sein werden. Die Scheidung ist mit den Worten von Rheinstein "an event occurring not in the world of social living but in the universe of formal law"⁽¹⁾. Ein strenges Scheidungsge-
setz sei kein wirksames Mittel, das Eintreten von Ehe-
zerrüttungen zu verhindern oder auch nur zu reduzieren⁽²⁾.
Die uneingeschränkte Geltung dieser Aussage Rheinsteins
kann sicherlich bezweifelt werden: es gibt auch Erfah-
rungsbeweise für den Einfluß des Rechts auf soziale Ver-
haltensweisen⁽³⁾. Der Rückkoppelungseffekt rechtlicher
Konsequenzen aus sozialen Vorgängen auf eben diese ist
schwer zu quantifizieren und wird deshalb nur zu leicht
übersehen. Es wäre jedoch falsch, den 'feedback' der Ge-
setzgebung in Sitten und Moralvorstellungen der Rechtsge-
meinschaft zu unterschätzen⁽⁴⁾ und es gibt daher auch
keinen Grund, warum das Recht nicht eine führende Rolle
bei sozialen Reformen spielen sollte⁽⁵⁾.

Die theoretische Frage nach dem Grad der Einflußmöglich-
keit des Rechts auf die soziale Wirklichkeit kann hier
offenbleiben: klar ist, daß die Einflußmöglichkeiten be-
grenzt sind, insbesondere dann, wenn das Recht Entwick-
lungstendenzen der Gesellschaft vorgreifen und sie in be-
stimmte Richtungen lenken will: "Social necessities and
social opinion are always more or less in advance of law"⁽⁶⁾.

(1) Rheinstein, aaO. (1956) 9 Vand. LR 646; vgl. ders.,
Marriage Stability, S. 266, 263

(2) Rheinstein, aaO. S. 406 und S. 326: "The law can do
no more than prevent remarriage".

(3) Eekelaar, aaO. S. 44 ff.: "The Role of the Law"; König,
aaO. sec. 9, in Bezug auf die Scheidungsfolgen

(4) vgl. Eekelaar, aaO. S. 46

(5) vgl. Friedmann, Legal Theory, S. 79

(6) Maine, Ancient Law, S. 31

Aussichtslos ist die Lage des Rechts, wenn es sich dem gesellschaftlichen Wandel entgegenstellt.

Unter diesen Voraussetzungen erscheint der Gesetzgeber nicht als der wichtigste und geeignetste Faktor zur Hebung der allgemeinen gesellschaftlichen Sittlichkeit: "Sittlichkeit zu erzwingen, ja selbst Unsittlichkeit zu verhindern, liegt außer der Macht des Gesetzgebers"⁽¹⁾. Geschichte und Entwicklung des Ehescheidungsrechts beweisen die Richtigkeit dieser These⁽²⁾: Wenige Rechtsgebiete zeigen so dramatisch die Gefahren auf, die entstehen, wenn man die Spannung zwischen dem geschriebenen Recht und der sozialen Wirklichkeit zu weit anwachsen läßt⁽³⁾. Das Recht kann die Herausforderung auf die Dauer nicht ignorieren und reagiert entweder mit gesetzgeberischen Anpassungsmaßnahmen oder im Wege der Umwandlung der Rechtswirklichkeit dank elastischer Auslegungen oder der Entwicklung von Fiktionen⁽⁴⁾.

Das soziale Bedürfnis nach Vermehrung und Erleichterung der Scheidungsmöglichkeiten wurde auf diesem Wege erfüllt. Kann in Anbetracht dessen ein Scheidungsrecht, das mit dem Zerrüttungsprinzip bereits die Anpassung an die sozialen Erfordernisse vollzogen hat und mit den Verfehlungstatbeständen die sofortige Scheidbarkeit der Ehe anerkennt, das systemwidrige Scheidungshindernis einer Sperrfrist beibehalten?

- (1) Savigny, Vermischte Schriften V, 285, zitiert bei Feick, aaO. S. 32
- (2) siehe S. 6 ff.; insbesondere S. 19 ff., 22 f.
- (3) Friedmann, Law in a Changing Society, S. 247
- (4) vgl. Friedmann, aaO. S. 249; Maine, aaO. S. 31 "A general proposition of some value may be advanced with respect to the agencies by which law is brought into harmony with society. These instrumentalities seem to me to be three in number, Legal Fictions, Equity and Legislation"

c) Kritik der Wirksamkeit der Sperrfrist

aa) Individuelle Gesichtspunkte

Eine Sperrfrist stellt sich dem Scheidungsbedürfnis eines oder beider Ehegatten und der herrschenden Rechtsüberzeugung von der notwendigen Scheidbarkeit einer Ehe, wenn sie endgültig zerrüttet ist, entgegen. Damit sind die Erfolgsaussichten der Abschreckungswirkung - wie nachgewiesen wurde - von vornherein gering. Das erzieherische Moment verliert noch mehr an Boden, wenn man das Gewicht der angesprochenen Faktoren, die zur Zerrüttung führen, mit dem des Scheidungshindernisses vergleicht, das nur im geschriebenen Recht, aber gewöhnlich weder als Rechtsnorm noch als sozialübliche Verhaltensregel im Bewußtsein der Ehegatten oder Eheschließenden existiert. Die Verbreitung von Kenntnis und Verständnis von Rechtsvorschriften wird häufig überschätzt⁽¹⁾. In England gibt es in diesem Zusammenhang die Redensart: "Few would marry did they but know the laws of England"⁽²⁾.

Eekelaar ist daher beizupflichten, wenn er sagt, daß diese Vorschrift des Gesetzes nur dann wirksam sein und die Leute dazu veranlassen kann, sorgfältiger über eine überlegte Heirat nachzudenken, wenn sie ihnen bekannt ist. Die Eheschließenden sollten daher beim Aufgebot darüber informiert werden⁽³⁾. Eine solche Unterrichtung der Eheschließenden würde bewirken, daß ihnen die Rechtsvorschrift überhaupt bewußt wird. Die bloße Kenntnis der Sperrfrist ist aber auch noch keine Garantie für ihre Effektivität: sie müßte außerdem mit ihrem Zweck bejaht werden.

Nach allem, was über die Entstehung einer endgültigen Ehe-zerrüttung bekannt ist, scheint es äußerst zweifelhaft, ob selbst die Kenntnis oder sogar Bejahung des Rechts das Scheitern der Ehe verhindern kann, wenn die genannten

(1) MacRae, aaO. para. 10, S. 166, 167; ebenso Puxon, aaO. S. 128: "There is widespread ignorance in England about divorce law".

(2) MacRae, aaO.

(3) Eekelaar, aaO. S. 73

Faktoren damit im Widerspruch sind. Und wer eine Ehe eingehen will, läßt sich davon nicht durch das Scheidungsrecht im allgemeinen und eine Sperrfrist im besonderen abhalten, am wenigsten diejenigen, die die Ehe ohnehin leicht nehmen⁽¹⁾. Andererseits steht als gesichert fest, daß die überwiegende Mehrheit der Eheschließenden ihre Ehen sehr ernst nimmt und mit der Absicht eingeht, sie zu einem Erfolg auf Lebenszeit zu machen⁽²⁾. "Das Verantwortungsbewußtsein der Eheschließenden ist kontinuierlich im Ansteigen begriffen"⁽³⁾. Mit anderen Worten: die Mehrheit der Eheschließenden braucht keine Belehrung über die Bedeutsamkeit der Eheschließung durch das Scheidungsrecht und die Minderheit läßt sich davon nicht beeinflussen oder wird jedenfalls so oder so vom Zwang der Umstände überwältigt⁽⁴⁾. Auch aus diesem Grunde ist die Sperrfrist daher obsolet.

bb) Öffentliches Interesse

Noch immer könnte allerdings argumentiert werden, daß die Sperrfrist zwar offensichtlich nichts nütze, andererseits aber auch nicht schade und daher doch wenigstens als Proklamation des Gesetzgebers zugunsten der Stabilität der Ehe beibehalten werden sollte. Auch diese Annahme kann nicht unwidersprochen bleiben. Untersuchungen der Ursachen der

(1) Mortlock, aaO. S. 12; vgl. Blackwell v. Blackwell (1973) 123 NLJ 1068; (1973) Times 13.11. CA; siehe S.240

(2) Dominian, aaO. S. 156; siehe auch S.15 ff.

(3) Fletcher, aaO. S. 139

(4) Mortlock. beweist das mit einer Gegenüberstellung der statistischen Scheidungskurven von England und Wales mit Schottland, das die Dreijahresfrist nicht kennt. Er kommt zu dem Schluß, daß der hauptsächlichste und möglicherweise einzige Effekt der Sperrfrist der Aufschub von Scheidungen, die möglicherweise vorher erfolgt wären, auf das fünfte Jahr ist. Der sofortige Anstieg der Scheidungszahlen nach Ablauf der Sperrfrist wird durch s.2(3) MCA 1965 ermöglicht. Die Klage kann nach dieser Vorschrift auf Sachverhalte gestützt werden, die sich während der ersten drei Jahre ergeben haben. Fristen für Getrenntleben können also bereits zu laufen begonnen haben oder abgelaufen sein: aaO. S.12

Zerrüttung und des Zeitpunkts ihres Wirksamwerdens haben ergeben, daß es im Prinzip (mindestens) zwei Phasen in der Ehe gibt, in denen die Zerrüttung aus grundsätzlich verschiedenen Gründen eintritt. In der hier entscheidenden ersten Phase - den ersten fünf Jahren der Ehe - führt das Fehlschlagen des Versuches, das notwendige Minimum einer körperlichen und emotionalen Beziehung herzustellen, die Zerrüttung herbei. Mit anderen Worten und vereinfachend gesagt: es war der falsche Partner ausgesucht worden⁽¹⁾. Diesen Fehlschlag kann kein Scheidungsrecht und keine Sperrfrist verhindern⁽²⁾. Was letztere jedoch tatsächlich verhindert, ist die Aussicht auf einen neuen Start. Das bringt insbesondere Nachteile für die Frau mit sich, deren Heiratschancen mit zunehmenden Alter schneller abnehmen als die des Mannes.

Bei früherer Scheidbarkeit dieser Ehen ist auch die Gefahr geringer, daß Kinder betroffen werden können⁽³⁾. Diese sozialen Gesichtspunkte sprechen daher sowohl aus individueller, als auch aus gesellschaftlicher Sicht für die Abschaffung der Sperrfrist. Nachdem die Aufrechterhaltung der Fiktion der Abschreckungswirkung keine Vorteile für den einzelnen oder die Gesellschaft erbringt und im Widerspruch zur Sozialfunktion des Rechts steht, ist kein Grund mehr ersichtlich, der die Beibehaltung dieser Vorschrift in einem Zerrüttungsscheidungsrecht rechtfertigen könnte.

(1) Dominian, aaO. S. 19; vgl. Mortlock, aaO. S. 13; Rheinsteins, Marriage Stability, aaO. S. 419;

In der zweiten Stufe ist der unterschiedliche Reifungsprozeß der Persönlichkeit der Ehegatten vornehmlicher Krisenfaktor; siehe oben S. 245

(2) Vergleiche der Scheidungsstatistiken verschiedener Länder mit und ohne Sperrfristen haben ergeben, daß der Effekt einer Sperrfrist nicht in einer Verringerung der Scheidungshäufigkeit junger Ehen besteht, sondern nur in einer Verschiebung des zeitlichen Schwerpunktes der Ehescheidungen auf die Zeit nach Ablauf der Sperrfrist: Mortlock, aaO. S. 12; Dominian, aaO. S. 18; vgl. König, aaO. sec. 107; Seidl, aaO. S. 111; Während der letzten 50 Jahre sind 60 % der Scheidungen sogar erst nach zehn Jahren Ehe und später erfolgt; Fletcher, aaO. S. 139

(3) Mortlock, aaO. S. 14

cc) Zusammenfassung

Ein realistisches Scheidungsrecht bedarf keiner nur ideologisch begründbaren Sperrfristen. Wird aber dennoch an der Sperrfrist festgehalten - was nachgewiesenermaßen nur aus unrealistischer Überschätzung der Verhaltenssteuerungsfunktion einer solchen Klausel geschehen kann - dann widerspricht die in s.2(2) MCA 1965 enthaltene Härteklausel der Zielrichtung des Gesetzes und entbehrt für sich gesehen der gesetzlichen Berechtigung. Wenn man die Notwendigkeit einer Schutzbestimmung für junge Ehen einmal unterstellt, dann bietet eine Handhabe für das Gericht, die Trennung der Ehegatten mit entsprechenden wirtschaftlichen Folgeregelungen anzuordnen, den zweckmäßigeren Rechtsschutz. Diese Lösung ist auch vom Zerrüttungsgedanken und dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit her gesehen vorzuziehen⁽¹⁾. Die Unvereinbarkeit der Dreijahresfrist mit dem Scheidungsreformgesetz wird von Freeman treffend herausgestellt: "The Act ist our first recognition that marital breakdown is a greater social evil than divorce. The three years' bar is a retention of an earlier social philosophy"⁽²⁾.

- (1) vgl. zur deutschen Diskussion um die Einführung von Sperrfristen Giesen, Aktuelle Probleme einer Reform des Scheidungsrechts, S. 15 und Anmerkung 55 und die dort gegebenen Nachweise.
- (2) The Search for a Rational Divorce Law, S. 205

B) Verhinderung des Eintritts der endgültigen Zerrüttung⁽¹⁾

Im vorangegangenen Abschnitt ist die gesellschaftliche Funktion des Scheidungsrechts mit dem Ergebnis erörtert worden, daß das Scheidungsrecht nicht als geeignetes Mittel erscheint, von der Gesellschaft erwünschte Bewußtseinslagen und Verhaltensweisen durchzusetzen. Der vorrangige Zweck des Scheidungsreformgesetzes, die Dauerhaftigkeit der Ehe zu stärken, droht damit zum bloßen Wunschziel zu werden. Andererseits ist jedoch auch deutlich geworden, wo die Ansatzpunkte für ein realistisches Scheidungsrecht liegen müssen, das nicht nur auf vorgefundene Ehesituationen reagiert, sondern deren Entstehung beeinflussen oder verhindern will. Anstatt Zwang von außen auf die Ehegatten auszuüben, sollte ein solches Scheidungsrecht das in den Ehegatten und ihrer Ehe noch vorhandene Potential an Gemeinsamkeit aufzugreifen und zu fördern suchen. Ist die Ehe aber tatsächlich nur noch eine Rechtsform ohne Inhalt, dann muß dieses Scheidungsrecht die Voraussetzungen dafür schaffen, daß die Abwicklung und Auflösung der Ehe nicht zu einem bleibenden Hindernis für das "postdivorce adjustment" wird, die soziale Wiedereingliederung der früheren Ehegatten als Einzelpersonen und den Aufbau neuer dauerhafter Familien⁽²⁾.

"Divorce is , therefore, properly to be seen as a mechanism of readjustment when a marriage has failed"⁽³⁾.

Gesetzgeberische Maßnahmen, die in diese Richtung zielen, werden in England unter dem Begriff 'reconciliation' zusammengefaßt⁽⁴⁾. Das Scheidungsreformgesetz ist ein Gesetz,

(1) vgl. die Übersicht über die einschlägigen Gesetzesbestimmungen S.37 ff.

(2) Für den weiten und vielschichtigen Komplex der sozialen Anpassung nach der Ehescheidung hat sich dieser Sammelbegriff herausgebildet: Goode, After Divorce, S. 17, 18; Häufig wird auch nur von 'readjustment' gesprochen.

(3) Eekelaar, aaO. S. 284

(4) Aussöhnung; daneben finden auch die Begriffe 'Marital Conciliation' oder 'Conciliation' Verwendung, teilweise, aber keineswegs einheitlich, um einen weiteren Bedeutungsrahmen zu stecken: Manchester & Whetton, Marital Conciliation in England and Wales, (1974) 23 ICLQ 344, 357, 358. Im folgenden soll nur der gesetzliche Begriff 'reconciliation' verwendet werden.

das die Aussöhnung erleichtern soll⁽¹⁾ und s.3 des Gesetzes enthält daher eine Reihe von Vorschriften, die die Aussöhnung ermutigen sollen⁽²⁾. Der von der Law Commission formulierte Zweck des Gesetzes⁽³⁾ findet hierin expressis verbis seinen Niederschlag⁽⁴⁾. Zu untersuchen ist, welche Bedeutung der Aussöhnung im englischen Scheidungsrecht zukommt, welche rechtliche Ausgestaltung dieser unbestimmte Rechtsbegriff erhalten hat und wie die Rechtswirksamkeit dieser gesetzgeberischen Vorkehrungen aussieht.

I. Entstehung und Entwicklung der Aussöhnungsvorschriften

1. Gesetzgebung und staatliche Maßnahmen

Kompulsorische Sühneveruche waren schon 1912 von der damaligen Royal Commission trotz guter Erfahrungen in Deutschland, auf die ausdrücklich Bezug genommen wurde, als für England unannehmbar abgelehnt worden. Immerhin hatte die Kommission aber keine Einwände gegen ein richterliches Ermessen, die Parteien außergerichtlich vorzuladen und Aussöhnungsmöglichkeiten zu studieren⁽⁵⁾. An der Ablehnung eines obligatorischen Sühneverfahrens als "Routine und nutzlose Formalität" hielten auch die Royal Commission von 1956⁽⁶⁾, die erzbischöfliche Studiengruppe⁽⁷⁾ und die Law Commission fest⁽⁸⁾. Die englische Haltung dazu charakterisiert eine Äußerung von Kahn-Freund: "Where the law compels the judge or some judicial administrator to go through the motions of attempting a reconciliation (as is the case in some continental systems)

(1) Long Title des Gesetzes, siehe S. 33 FN 1

(2) "Provisions designed to encourage reconciliation"

(3) aaO. para. 15, S. 10

(4) vgl. Rheinstein, Marriage Stability, S. 439, 440

(5) Gorell Commission, Cmnd. 6478, sec. 380, S. 124

(6) Morton Commission, Cmnd. 9678, para. 340, S. 96

(7) Putting Asunder, para. 76, S. 64; para. 31, S. 22;

(8) aaO. para. 30, S. 17; Aber siehe neuerdings Freeman, aaO. S. 206, der auf sehr gute Erfahrungen in Neuseeland verweist. Siehe auch Levin, aaO. S. 644, die Vorteile für Folgenregelungen nach australischem Vorbild für möglich hält; dgl. Manchester & Whetton, die ein obligatorisches Sühneverfahren nach New Yorker und kalifornischem Modell für akzeptabel halten, aaO. (1974) 23 ICLQ 380

what results is a farce which does not even pretend to be taken seriously."⁽¹⁾

Andererseits hatten eminente Juristen wie Sir Frederick Pollock schon 1936 die Aussöhnung als oberstes Ziel des Scheidungsgerichts bezeichnet⁽²⁾ und im Matrimonial Causes Act 1937 fand das Wort -'reconciliation'- als Entscheidungskriterium im Rahmen der Dreijahresfrist erstmals Eingang in das Gesetz⁽³⁾. Unter dem Eindruck des starken Anstiegs der Scheidungszahlen im und nach dem 2. Weltkrieg bahnte sich dann ein Wandel in der öffentlichen Meinung an, der sich in zunehmender Literatur zu Ehefragen und der Gründung von Eheberatungsstellen sowie Forschungsvorhaben und -instituten niederschlug⁽⁴⁾. Das sogenannte Denning Committee machte bereits 1946 Vorschläge für die Bestallung von gerichtlichen Fürsorgebeamten und die finanzielle Unterstützung privater, meist kirchlicher, Eheberatungsorganisationen, aus denen ein 'Marriage Welfare Service' entstehen sollte, durch den Staat⁽⁵⁾, der mit der seit 1937 gesetzlich vorgesehenen Tätigkeit der staatlichen Bewährungshelfer, 'probation service', als Eheberater einen Großteil der Aussöhnungsarbeit übernommen hatte⁽⁶⁾. Die Morton Commission setzte sich sehr nachdrücklich mit der Arbeit der verschiedenen Eheberatungsorganisationen auseinander und machte in Erkenntnis ihrer eminenten sozialen Funktion eine Reihe von Empfehlungen zur staatlichen Förderung

- (1) aaO. (1967) 30 MLR 185; ebenso Rheinstein, aaO. (1956) 9 Vand. LR 633; vgl. Levin, aaO.
- (2) Zitiert in McGregor, aaO. S. 175
- (3) siehe oben S.233f.; Zur Vorkriegsgeschichte der Reconciliation siehe: McGregor, Blom-Cooper, Gibson, Separated Spouses, S. 24 ff.
- (4) vgl. eingangs S. 13 ff; z.B. das Family Discussion Bureau, heute: Institute of Marital Studies, Teil des Tavistock Institute of Human Relations. Hinsichtlich Eheberatungsorganisationen siehe S.263; vgl. auch Morton Commission, para. 332, S. 94; Bannister, Social Casework in Marital Problems; Dicks, aaO. S. 1-3
- (5) Final Report of the Committee (1946), Cmnd. 7024, paras.28, 29; siehe Cross, (1947) 10 MLR 184, 186 sowie Manchester & Whetton, aaO. (1974) 23 ICLQ 344
- (6) Summary Procedure (Domestic Proceedings) Act 1937 c.58, s.7; Morton Commission, para. 334, s.94; Dominian, aaO. S.145; vgl. auch die Vorschläge von Pollard, The Problem of Divorce S. 12, 13

derselben, nehmen: "the nation's well-being depends largely upon the quality of married life amongst its members; where husband and wife have become estranged, an attempt should be made wherever possible to bring them together again."⁽¹⁾

Trotz ihres entschiedenen Eintretens für Aussöhnungsarbeit als solche ließ es die Kommission aber an korrespondierenden Vorschlägen für eine gesetzliche Regelung fehlen, sieht man von dem Vorschlag einer einmonatigen Versuchsperiode für das weitere Zusammenleben der Ehegatten nach einer Eheverfehlung ab⁽²⁾. Im Matrimonial Causes Act 1963 wurde dieser Lösungsvorschlag aufgegriffen und auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, die schon eher Hoffnungen auf die wirkungsvolle Förderung von Aussöhnungsversuchen erwecken konnte⁽³⁾.

Die sogenannte "Kiss and Make Up" Clause lautete:⁽⁴⁾ Wenn die Ehegatten nach einer Eheverfehlung drei Monate im Hinblick auf die Aussöhnung wieder oder weiter zusammengelebt haben, sollte das nicht als Beweis für die Verzeihung⁽⁵⁾ der Verfehlung oder die Beendigung der böswilligen Verlassung angesehen werden dürfen. Das Gesetz von 1963, dessen Entwurf ursprünglich noch die Einführung eines Zerrüttungsscheidungsgrundes nach siebenjährigem Getrenntleben vorgesehen hatte⁽⁶⁾, vollzog damit die bedeutungsvolle Abkehr von der bloßen 'Ahndung' von Eheverfehlungen zur Stärkung der 'Überlebenschancen' zerrütteter Ehen, auch wenn die ausdrückliche Bezugnahme auf 'reconciliation' im House of Lords auf Ablehnung gestoßen war und Kritiker wie Stone sagen

(1) aaO. para. 327, S. 93; siehe auch Graveson, The Future of Family Law, S. 441;

(2) aaO. para. 242, S. 72 unter Ablehnung weitergehender Vorschläge des Denning Committee

(3) s.2 MCA 1963, später s.1(2) und 42(2) MCA 1965

(4) siehe Michaels, The "Kiss and Make Up" Clause, (1965) 28 MLR 101; vgl. Seidl, aaO. S. 31; Passingham, Divorce Law and Proceedings-The Winds of Change, (1969) 66 Gaz.40

(5) Scheidungshinderungsgrund 'condonation'

(6) siehe oben S.19 f.

konnten: "The most important thing about this Act is the provision that is not there."⁽¹⁾ Mit der einmal begangenen Eheverfehlung war das Schicksal der Ehe nunmehr rechtlich noch nicht besiegelt: die Ehegatten konnten eine Aussöhnung versuchen, ohne dabei ihr Recht auf Scheidung zu verlieren⁽²⁾. Die Sonderstellung des Ehebruchs unter den Eheverfehlungen⁽³⁾ hatte jedoch zu einer Spezialregelung geführt, die die Geltendmachung eines einmal verziehenen Ehebruchs ausschloß und damit die Aussöhnungsaussichten bei dieser Verfehlung sehr beeinträchtigte⁽⁴⁾. Ein noch größeres Risiko für die Aussöhnungsbereitschaft eines oder beider Ehegatten lag in der Auslegung, die die Aussöhnungsvorschriften in der Rechtsprechung gefunden hatten.

2. Der Aussöhnungsgedanke in der Rechtsprechung

An deklaratorischen Bekundungen zugunsten der vorrangigen Bedeutung der Aussöhnung für das Scheidungsgericht hatte es seit den Vierziger Jahren nicht gefehlt⁽⁵⁾. Viscount Simon hatte in *Blunt v. Blunt* die Aussöhnungsaussichten als relevant für die Ermessensausübung des Richters in den Fällen bezeichnet, in denen sich der Kläger selbst des Ehebruchs schuldig gemacht hatte⁽⁶⁾. Der Staat wurde in Ehestreitigkeiten als interessierte 'dritte' Partei bezeichnet, der mehr an Aussöhnung als an Scheidung gelegen sei⁽⁷⁾. Eine Vielzahl widersprüchlicher Entscheidungen der Obergerichte bis zum Inkrafttreten des Gesetzes von 1963 spiegelt jedoch die Unsicherheit über die rechtliche Substanz und die praktische Wirksamkeit des Begriffs

- (1) Stone, *Matrimonial Causes Act 1963*, (1963) 26 MLR 675
- (2) Die Bedeutung dieses Gesetzes für die Förderung der Dauerhaftigkeit der Ehe würdigt Yardley, *The Future of the Law*, S. 136, 137
- (3) vgl. S. 93
- (4) Stone, aaO. S. 677
- (5) Griew, *Marital Reconciliation - Contexts and Meanings*, (1972 A) 30 CLJ 295
- (6) (1943) AC 513; (1943) 2 ALLER 76
- (7) *Mole v. Mole* (1951) P 21, 23, per Bucknill LJ.

'reconciliation' wieder, der nur schwer mit dem Scheidungsrecht des Schuldprinzips zu vereinbaren war⁽¹⁾. "Despite a flirtation with 'true reconciliation' set in train by Denning LJ. in the 1940s⁽²⁾, the law in fact was little if at all concerned with the restoration of emotional accord, at least before the 1963 Act."⁽³⁾ 'Reconciliation' stand lediglich als Synonym für 'Wiederaufnahme des Zusammenlebens'⁽⁴⁾, als momentanen, äußerlichen Vorgang.

3. Aussöhnung und Schuldprinzip

Die Ursache für die Zurückhaltung des Gesetzgebers und der Rechtssprechung gegenüber dem Aussöhnungsgedanken lag in der herrschenden Eheverfehlungsdoktrin, die es dem Bericht der erzbischöflichen Studiengruppe zufolge dem Gericht nicht erlaubt, Aussöhnung überhaupt in Erwägung zu ziehen⁽⁵⁾. Das Schuldprinzip implizierte das Recht des unschuldigen Klägers, auf den Nachweis der Schuld des Beklagten hin die Auflösung der Ehe zu erlangen, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Situation der Ehe und die Folgen für die Ehegatten und die Kinder⁽⁶⁾. Auch die Law Commission stellte 1966 fest, daß das Recht nicht alles tat, was es zur Stärkung der Beständigkeit der Ehe beitragen konnte, und vielmehr dazu neigte, Aussöhnungsversuche zu erschweren⁽⁷⁾.

Auch das 'Aussöhnungsgesetz' von 1963 hatte diesen Mangel nicht beseitigen können, da der Gesetzgeber die Grundlagen des Scheidungsrechts nicht geändert hatte⁽⁸⁾. Der Gegensatz

(1) siehe den Überblick bei Griew, aaO. S. 294-301 und Irvine, The Concept of "Reconciliation" and the Matrimonial Causes Act 1963, (1966) 82 LQR 525 ff.

(2) Lord Denning hatte in mehreren Entscheidungen, darunter in seinem Minderheitsvotum in Bartram v. Bartram (1950) P 1, versucht, durch eine enge Definition der Aussöhnung dieser eine größere praktische Bedeutung zu geben.

(3) Griew, aaO. S. 301

(4) ders., aaO. S. 297

(5) Putting Asunder, para. 76, S. 63

(6) vgl. Hall, Family Law - Encouraging Reconciliation of Dissident Spouses, (1967) 25 CLJ 179; siehe oben S. 10 ff.

(7) aaO. para. 28 S. 16; Passingham, The Divorce Reform Act 1969, para. 3 S. 2

(8) Griew, aaO. S. 294

zwischen dem ausdrücklichen Wunsch des Gesetzgebers und der Gerichte, Aussöhnungen zu ermutigen, und den Definitionen und Diktaten des Rechts der Eheverfehlungen blieb bestehen. Dieses Recht ließ es nicht zu, daß sich das Gericht mit der 'Qualität' der ehelichen Beziehung auseinandersetzte, und daher stand der Begriff Aussöhnung nach wie vor für die Wiederherstellung der Ehe infolge der Wiederaufnahme des Zusammenlebens⁽¹⁾. Es konnte daher auch nicht überraschen, daß die Gerichte auch nach 1963 eine legalistische Auslegung vornahmen und nur eine Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens gelten ließen, die im Hinblick auf eine Aussöhnung erfolgt war⁽²⁾. Gab es Hinweise darauf, daß die Aussöhnung bereits erfolgt, das Zusammenleben also nicht im Hinblick auf, sondern als Konsequenz einer Aussöhnung wieder aufgenommen (oder fortgesetzt) worden war, konnte die Ehe nicht mehr geschieden werden, obwohl die Ehe dann sogar infolge der Eheverfehlung auseinandergebrochen sein mochte. Diese Rechtsprechung stieß auf allgemeine Ablehnung im Schrifttum: "This decision is little less than disastrous and almost completely nullifies the effect of the clause"⁽³⁾ und "It is thus particularly sad to record that on yet another occasion her Majesty's judges appear to have succeeded in frustrating the intentions of Parliament as understood by the public at the time of their implementation"⁽⁴⁾. Abse sprach von einer 'Sabotage' der Gerichte an den vom Parlament gutgeheißenen Versuchen, Ehen zu retten⁽⁵⁾. Diese Absicht des Gesetzgebers von Hall als Unterfangen bezeichnet, die Spannungen zwischen den Prinzipien, die einst von den Ecclesiastical Courts formuliert worden waren, und den sozialen Anschauungen der Gegenwart

(1) vgl. Griew, aaO. S.301, 302

(2) Brown v. Brown (1964) 3 WLR 899; (1964) 2 ALLER 828, per Simon P.; Herridge v. Herridge (1966) 1 ALLER 93 CA

(3) Eekelaar, Family Security and Family Breakdown, S. 122

(4) Michaels, aaO.; Hall, Condonation of Matrimonial Offence, (1965) 23 CLJ 51; Irvine, aaO.; Mostyn, aaO. S. 450; Mortlock, aaO. S. 245

(5) Abse, The Inevitability of the Matrimonial Offence, (1965) 62 Gaz. 205, 206

zu vermindern⁽¹⁾, mußte allerdings ein Fehlschlag werden, solange nicht die Konzeption der Aussöhnung wie auch des Scheidungsrechts selbst mit der sozialen Wirklichkeit übereinstimmte oder ihr jedenfalls näher kam.

Letzteres kann für das Zerrüttungs-Scheidungsrecht in Anspruch genommen werden, das seit 1971 die Grundlage des Scheidungsrechts ist und das, wie bereits aufgezeigt wurde⁽²⁾, die Ermutigung der Aussöhnung zum Gegenstand hat. "The overwhelming weight of opinion is that the breakdown theory accords with reality"⁽³⁾. Bevor die Aussöhnungsvorschriften des Scheidungsreformgesetzes beurteilt werden können, muß der Begriff der 'reconciliation' so, wie er sich in der sozialen Wirklichkeit heute vorfindet, auf Inhalt, Zweck und Wirkungsweise untersucht werden. An dem, was Aussöhnung tatsächlich zu leisten vermag, wird die gesetzliche Regelung derselben zu messen sein.

II. Die Konzeption der Aussöhnung im sozialen Kontext

Es kann hier nicht darum gehen, Inhalt und Bedeutung der Aussöhnung und Eheberatung eingehend zu untersuchen und statistisch zu belegen. Die Bedeutung, die der Zerrüttung der Ehe in der sozialen Wirklichkeit beigemessen wird, sowie die Institutionen und Methoden, von und mit denen dieses soziale Ordnungsproblem zu bewältigen versucht wird, beeinflussen jedoch notwendigerweise das Zustandekommen der gesetzlichen Regelungen und, mehr noch, die Rechtswirklichkeit. Wegen dieser Zusammenhänge kann eine Darstellung des Zerrüttungsprinzips im englischen Scheidungsrecht sinnvoll nicht ohne deren Einbeziehung wenigstens in Form eines Überblicks erfolgen. Dies um so mehr, als dieses Scheidungsrecht nicht nur die endgültig zerrüttete Ehe zum Gegenstand, sondern die Stärkung der Ehe und Ermutigung der Aussöhnung zum erklärten Ziel hat.

(1) aaO. (1965) 23 CLJ 51

(2) oben S. 37, 254

(3) Deech, A Tide in the Affairs of Women, (1972) 122 NLJ 743

1. Institutionelle Förderung der Ehestabilität

a) Gerichtliches Verfahrensschema

Bis zur Scheidungsrechtsreform 1971 - das hat der vorangegangene Überblick deutlich gemacht - sind die Gerichte kaum jemals mit eigentlicher Aussöhnungsarbeit in Berührung gekommen. Ihre Aufgabe war es primär gewesen, vorgefundene und vorgetragene Verhaltensweisen der Ehegatten daraufhin zu untersuchen, ob eine Aussöhnung bereits stattgefunden hatte oder nicht.

Einen Bereich gab es aber bereits, in dem der Richter von Gesetzes wegen dazu gehalten war, bei seiner Entscheidung von Amts wegen die Frage zu prüfen, ob mit der Wahrscheinlichkeit der Aussöhnung der Parteien vernünftigerweise zu rechnen ist: das waren die Fälle, in denen innerhalb der Dreijahresfrist Antrag auf vorzeitige Zulassung der Scheidungsklage gestellt wurde⁽¹⁾. In der "epochemachenden"⁽²⁾ Entscheidung S. v. S.⁽³⁾ zeigte der Präsident der Divorce Division erstmals den Verfahrensmechanismus⁽⁴⁾ auf, der in diesen Fällen zunächst versuchsweise in London eingeschaltet werden sollte⁽⁵⁾:

Wenn das Gericht ernstzunehmende Aussöhnungsaussichten vermutet oder jedenfalls annimmt, daß ein Aussöhnungsversuch in Nebenverfahren über die Scheidungsfolgen einen guten Zweck erfüllen könnte, kann es den Fall oder Einzelaspekte daraus an den Fürsorgebeamten des Gerichts überweisen.

(1) s.2(2) MCA 1965; vgl. Passingham, aaO. para. 101, S. 39; siehe S.238 ff.

(2) Hall, Family Law - Encouraging Reconciliation of Dissident Spouses, (1967) 25 CLJ 181

(3) (1967) 3 AllER 139; (1968) P 185, per Simon P.

(4) "machinery"

(5) vgl. dazu Rayden, S. 294, 325

Dieser wird die Aussöhnungsmöglichkeiten in Diskussion mit den Parteien herauszufinden suchen und gegebenenfalls selbst eine Vermittlung versuchen oder die Parteien an einen Bewährungshelfer⁽¹⁾, den Eheberater einer geeigneten Eheberatungsorganisation oder, je nach den Umständen des Falles, an eine andere geeignete Person oder Organisation, z.B. Priester, Arzt, Psychiater, weiterverweisen. Der Fürsorgebeamte erstattet dem Gericht Bericht bzw. leitet den Bericht des eingeschalteten Beraters oder der Organisation an das Gericht weiter, in dem vermerkt ist, ob eine Aussöhnung (reconciliation) zustandegekommen ist, oder ob - wenn überhaupt - irgendwelche Streitfragen infolge der Aussöhnungsarbeit gütlich beigelegt worden sind⁽²⁾.

Auch nach S.v.S. machte der englische Richter keine eigenen Sühneversuche, hatte aber - zunächst nur in London - einen qualifizierten und eingespielten Apparat zur Verfügung, der ihm die diesbezügliche Untersuchungs- und Vermittlungstätigkeit abnehmen konnte. Die Arbeit der verschiedenen Eheberatungsdienste ist damit erstmals formell dem Scheidungsrichter zur Verfügung gestellt worden, koordiniert durch den Fürsorgebeamten des Gerichts. Nach Jahrzehnten der bloß verbalen Anerkennung der Aussöhnung und des Wirkens der Eheberatungsdienste⁽³⁾ ist nun mit deren Einbeziehung in die Rechtspflege dem Aussöhnungsgedanken zu einer praktischen Dimension im Rechtsleben verholfen worden. Hall hat die Entscheidung S.v.S. daher wohl zu Recht als den Beginn eines aufregenden neuen Kapitels im englischen Familienrecht bezeichnet⁽⁴⁾.

(1) siehe S.255 FN 6 und Brown, Matrimonial Problems and the Probation Service (1963) 60 Gaz. 151

(2) Verfahren in der Fassung Practice Direction des Präsidenten der Family Division vom 27.1.1971 (1971) 1 AllER 394; (1971) 1 WLR 223, die eigens auf S.v.S. Bezug nimmt.

(3) z.B. Morton Commission, para. 333, S. 94; Putting Asunder, para. 76, S. 63; Law Commission, aaO. para. 29 S. 17

(4) aaO. (1967) 25 CLJ 131

b) Staatliche und freie Eheberatungsstellen

Eheberatungs- und Aussöhnungsarbeit leisten in England die Fürsorgebeamten des Gerichts, der Bewährungshelferdienst⁽¹⁾, der (private) National Marriage Guidance Council, die Eheberatungsstellen der Kirchen und Bekenntnisse⁽²⁾, das Family Discussion Bureau⁽³⁾ und eine freiwillige Helferorganisation, Family Service Units, die praktische Hilfe für Familien in Not mit Eheberatung verbindet⁽⁴⁾. Hinzu kommt die therapeutische Hilfe, die die psychiatrischen Dienste im National Health Service durch Ärzte und psychiatrische Sozialarbeiter in ehelichen Schwierigkeiten geben. Auf kommunaler Ebene sind außerdem noch die Citizens' Advice Bureaux unter anderem auch in Eheberatung tätig. Von den zahllosen Einzelpersonen, die individuelle Ehehilfe geben, soll noch der Hausarzt erwähnt werden, der gerade in den unteren sozialen Schichten häufig die einzige erreichbare Hilfsperson abgibt und außerdem auch deshalb von außerordentlicher Bedeutung ist, weil er zuerst von den Schwierigkeiten erfährt.⁽⁵⁾

Allein der National Marriage Guidance Council hat im Jahr 1970 87.640 Beratungsinterviews durchgeführt, die 22.790 Ehen betrafen⁽⁶⁾; 1.200 Eheberater sind in 125 Beratungsstellen

- (1) der auch die gerichtlichen Fürsorgebeamten stellt
- (2) Eine Aufstellung der gerichtlich anerkannten Dienste findet sich in der Practice Direction des Präsidenten der Family Division vom 4.10.1972 (1972) 3 AllER 768; (1972) 1 WLR 1432 - vgl. auch Mortimer, aaO. (1972) 2 Fam. Law 191
- (3) siehe S.255 FN 4
- (4) siehe Dominian, aaO. S. 146
- (5) Siehe dazu den Vortrag von Dr. Johnson auf der Tagung der Legal Section of the British Academy of Forensic Sciences, zum Thema Marriage Breakdown, (1963) 60 Gaz. 836
- (6) Mortlock, aaO. S. 177; vgl. Brown, The Act of 1969 - The First Year, (1972) 122 NLJ 528 sowie Manchester & Whetton, aaO. (1974) 23 ICLQ 349-355, die sich eingehend mit der Arbeit des Probation Service und des Marriage Guidance Council auseinandersetzen

in England und Wales tätig⁽¹⁾. Diese Statistik und die Zahl der Beratungsdienste lassen erkennen, daß das Eheberatungs-
wesen in England eine wichtige Größe im sozialen Leben
darstellt⁽²⁾.

2. Bedingungen und Methoden der Beratungs- und Aussöhnungsarbeit

Die Beantwortung der Frage, was das Scheidungsrecht zur Stärkung der Ehe und Förderung der Aussöhnung tun kann, setzt die Klärung der Vorfrage nach den Bedingungen und Methoden, unter bzw. mit denen sich diese Arbeit nach der Erfahrung der genannten Gruppen und Institutionen bewerkstelligen läßt, mit anderen Worten: die Klärung der Begriffsinhalte von Eheberatung bzw. Aussöhnung voraus.

a) Die Funktion der Eheberatung

Die Erfahrungen, die man in England mit der Behandlung zerrütteter Ehen und der Beratung in eheliche Schwierigkeiten geratener Ehegatten gemacht hat, haben sich in einer Fülle einschlägiger Literatur niedergeschlagen⁽³⁾, die ihrerseits

(1) Tindall, Reconciliation and the Divorce Reform Act 1969, (1971) 68 Gaz. 37

(2) siehe auch Putting Asunder, App. E. Matrimonial Reconciliation, S. 150 ff. insbesondere S. 155

(3) siehe die bereits zitierten Autoren Biestek, The Casework Relationship; Bannister, Social Casework in Marital Problems; Dicks, Marital Tensions. Clinical Studies towards a Psychological Theory of Interaction; Dominian, Marital Breakdown.

Weiter zu nennen sind: Monger, Husband, Wife and Caseworker; Rosenbaum & Alger, The Marriage Relationship. Psychoanalytic Perspectives, sowie Wallis, Marriage Guidance, siehe S. 266 FN 5 ; Holt, Counselling in Marriage Problems, siehe S. 265 FN 1 . Zu den Aussöhnungsvorschriften im australischen Ehescheidungsrecht siehe Selby, The Development of Divorce Law in Australia, (1966) 29 MLR 486, 487. Zu den Aussöhnungsvorschriften und -erfahrungen Neuseelands, Australiens und der USA siehe Manchester & Whetton, aaO. S. 359-370, sowie Levin, aaO. S. 643, 644

Aufschluß über die soziale Bedeutung der Ehe-therapie und ihre wissenschaftliche Grundlegung gibt.. Ehe-therapie steht im folgenden als Oberbegriff für die Methoden der drei wesentlichen Disziplinen, die heute Ehearbeit leisten: Social Casework, Psychotherapie und Marriage Guidance Counselling⁽¹⁾. Diese Disziplinen unterscheiden sich in diesem Zusammenhang nach dem therapeutischen Ansatzpunkt innerhalb der zerrütteten Ehe. Während erstere Probleme der Sozialisation und der Psyche der einzelnen Fakten zu behandeln suchen, hat sich letztere als eigenständige Disziplin herangebildet, die die Ehe als solche zum Gegenstand hat⁽²⁾. Die Ehe selbst ist der Patient, die eheliche Gemeinschaft als selbständige soziale Einheit "a compound or integrated dyad", mit Eigenwert, die Normalität und Abnormität einschließt⁽³⁾.

Die Folgerungen, die an dieser Stelle für ein Scheidungsrecht gezogen werden können, das die Stärkung der Dauerhaftigkeit der Ehe zum Ziel hat, sind, daß die rechtlichen Regeln der Ehe-therapie insgesamt nicht entgegenstehen, Counselling selbst aber fördern sollten. Auch das Zerrüttungsscheidungsrecht hat die Ehe als solche zum Gegenstand, die zerrüttete Ehe, die der Therapie bedarf⁽⁴⁾. Gegenstand und Ziel stimmen also überein, wenn man für letzteres die Stärkung der Institution Ehe heranzieht. Der entscheidende Unterschied scheint in der Praxis von Scheidungsrecht und Counselling zu liegen: die scheinbar unüberbrückbare Divergenz, die darin besteht, daß der Richter in der Regel Ehen

(1) Kahn, Vorwort zu Holt, aaO. S. VI

(2) Kahn, aaO.; Tindall, aaO. S. 38; Griew aaO. S. 312
Zur Klarstellung, daß im folgenden nicht von Eheberatung schlechthin, sondern nur im aufgezeigten Sinn die Rede sein wird, soll fortan nur noch der englische Begriff (Marriage) Counselling als terminus technicus verwendet werden.

(3) vgl. Dicks, aaO. S. 129; Kahn, aaO.; Ebenso Dicks, The Medico-Psychological Approach, (1970) 120 NLJ 1045

(4) Putting Asunder, para. 84.S. 67

auflösen muß, vom Counsellor aber erwartet wird, daß er Ehen unter allen Umständen aufrechterhalten will. Nur falls auch hierin Übereinstimmung bestünde, könnte eine Zusammenarbeit oder funktionelle Integration der beiden sozialen Dienste - Scheidungsgericht und Marriage Guidance Counselling - fruchtbar sein. Andernfalls wäre die Beiziehung eines Counsellors durch den Richter nur in den äußerst seltenen Fällen sinnvoll, in denen die Wahrscheinlichkeit der Aussöhnung bereits evident ist. Ansonsten würde ein solches Verfahren zu einer ungerechtfertigten Verzögerung der rechtlichen Abhilfe und damit zur Behinderung der Rechtspflege führen⁽¹⁾.

Tatsächlich scheint die Meinung noch weit verbreitet zu sein, daß Counselling den Zweck hat, um jeden Preis den Zusammenbruch der Ehe zu verhindern⁽²⁾. Das ist vom Ursprung des Counselling als Gegenbewegung zum starken Anstieg der Scheidungszahlen während des Krieges und in der ersten Nachkriegszeit her verständlich⁽³⁾. Marriage Counselling ist auch heute noch dem Wert der Ehe als Institution verpflichtet, sieht seinen Zweck jedoch nicht unbedingt in der Aufrechterhaltung der einzelnen Ehe.⁽⁴⁾ "Counselling is a means of helping people rather than solving problems"⁽⁵⁾. Sicherlich wird dieses Helfen in erster Linie auf die Erhaltung der Ehe gerichtet sein, die dann aber nicht als bloße Rechtsform, sondern als eheliche Lebensgemeinschaft verstanden wird. Mit den Worten von Dicks lautet das Ziel des Counselling: "It becomes a professional goal to maintain the life and adequate functioning of a marriage"⁽⁶⁾.

(1) Eingehend dazu Rheinstein, aaO. (1956) 9 Vand. LR 643, 644. Vgl. Manchester & Whetton, aaO. S. 348, 379

(2) Tindall, aaO. S. 39; Griew, aaO. S. 312, 313; Manchester & Whetton, aaO. S. 342, 356

(3) siehe S. 255 ; vgl. Dicks, Marital Tensions, S. 1 ff.

(4) vgl. Griew, aaO. 311; Dicks, aaO. S. 229, 230; Manchester & Whetton, aaO.

(5) Wallis, aaO. S. 122

(6) aaO. S. 229

Der Herstellung eines funktionsfähigen Interaktionsverhältnisses dienen denn auch die Methoden des Counselling - Individualtherapie, Gemeinschaftstherapie, Gruppentherapie - auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann⁽¹⁾. Der Counsellor muß deshalb auch nicht notwendigerweise das weitere Beieinanderbleiben der Ehegatten als Erfolg, das Auseinandergehen als Mißerfolg seiner Tätigkeit ansehen⁽²⁾. Seine Hauptaufgabe im Zerrüttungsscheidungsrecht soll sein, echte, endgültige Zerrüttung von vorübergehenden, vielleicht dramatischeren Ehekrisen zu unterscheiden, die aber harmloser sind, weil sie rückgängig gemacht werden können⁽³⁾.

b) Der heutige Aussöhnungsbegriff

Aus der Funktion des Counselling ergeben sich bedeutsame Folgerungen für den Begriffsinhalt der Aussöhnung - mit entsprechenden Rückwirkungen auf das Scheidungsrecht, das diesen Begriff verwendet.

"Reconciliation assumes that the needs, desires and hopes that brought the couple together can be fulfilled to a minimum degree of mutual satisfaction, provided that the appropriate assistance is given. Implicit in their formulation is the belief that each partner has the necessary capacities and is capable of developing them."(4)

Der Counsellor wird sich daher nicht mit dem 'Honeymoon effect' einer kurzfristigen, vordergründigen 'Versöhnung' der Ehegatten zufrieden geben, sondern eine echte Verbesserung der interpersonalen Beziehungen mit Langzeitwirkung zu bewirken versuchen⁽⁵⁾. Aussöhnung ist in diesem Sinne kein einmaliger Vorgang, sondern ein längerfristiger Prozeß.

(1) Siehe dazu Dicks, aaO. S. 228; Wallis, aaO. S. 122 ff, 139 ff, 157 ff.

(2) Griew, aaO.

(3) Dicks, aaO. (1970) 120 NIJ 1046

(4) Dominian, aaO., S. 141

(5) Griew, aaO. S. 312, 313 und 315

Tindall zieht den Rahmen der Aussöhnung noch weiter und sagt, daß Aussöhnung auch dann noch erfolgreich sei, wenn sie den einzelnen Gatten mit der Notwendigkeit der Scheidung und seiner auf sich allein gestellten Zukunft vertraut mache, den Zeitpunkt der diesbezüglichen Entscheidung von Druck und Panik freihalte, einander entfremdeten Paaren förderlich sei, bessere Vorkehrungen für die Kinder zu treffen, und schließlich den verwirrten Individuen über den Zusammenbruch der Ehe hinweghelfe⁽¹⁾. Der Erfolg der Aussöhnungsarbeit kann also auch daran gemessen werden, ob und inwieweit sie das 'readjustment' der Ehegatten fördert⁽²⁾.

Man mag diesen Aussöhnungsbegriff für zu weit halten⁽³⁾, fest steht jedoch, daß sein Inhalt dem entspricht, was Marriage Counselling heute in der Praxis zu erreichen versucht⁽⁴⁾.

In Bezug auf das Scheidungsrecht kann daher zusammenfassend gesagt werden, daß nach dem Selbstverständnis des Counselling die Vermeidung der Scheidung das Ergebnis sein kann. Sie ist aber nicht das Ziel und braucht im Einzelfall auch nicht einmal wünschenswert zu sein⁽⁵⁾.

(1) aaO.; ebenso Manchester & Whetton, aaO. S. 432

(2) siehe S. 253 FN 2

(3) siehe Griew, aaO. S. 311, FN 66

(4) vgl. dazu den ernüchternden Einblick in die Realität der Arbeit der Bewährungshelfer in Ehestreitigkeiten, insbesondere im East-End von London, den Parkinson vermittelt: Marriages on Probation, New Society (1969) vol. 13 S. 795. Parkinson wendet sich insbesondere gegen die therapeutischen Methoden und Ziele von Dicks, den "Doyen of professional matrimonial workers", die in der klinischen Atmosphäre so überzeugend klingen, der rauhen Wirklichkeit aber nicht standhielten.

(5) Griew, aaO. S. 312

Dieser weite Aussöhnungsbegriff schließt den engeren Aussöhnungsbegriff ein, den Griew als "a tentative working notion of reconciliation" folgendermaßen definiert: Eine Aussöhnung zwischen Ehepartnern, die einander entfremdet sind, ist dann erreicht (bewirkt) worden, wenn mit einiger Gewißheit auf der Basis dauernden Zusammenlebens in angemessener Zeit ein Verhältnis wiederaufgebaut wurde, das für diese wirklich als Ehe bezeichnet werden kann⁽¹⁾.

Von diesen materiellen Aussöhnungsbegriffen muß der formelle Aussöhnungsbegriff der früheren Rechtsprechung abgegrenzt werden, für den die Wiederaufnahme des Zusammenlebens in der Regel bereits das Ergebnis der Aussöhnung darstellt, es sei denn, es liegen Abmachungen vor, daß diese im Hinblick auf eine Aussöhnung erfolgt ist⁽²⁾. Das Scheidungsreformgesetz muß daraufhin untersucht werden, welchen dieser Begriffe es verwendet bzw. welche der Konzeption der Aussöhnung gefördert wird⁽³⁾.

c) Die therapeutische Funktion des Scheidungsrichters

Vor dem Hintergrund des heutigen weiten Aussöhnungsbegriffs ist die Erklärung der Law Commission zu verstehen, daß es sehr wünschenswert sei, daß Paare in Eheschwierigkeiten ermuntert werden, sich an Eheberatungsstellen zu wenden und daß sie in der Lage sein sollten, leicht herauszufinden, welche Beratungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen⁽⁴⁾. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, die von

- (1) aaO. S.306; Manchester & Whetton, aaO. kennzeichnen den Unterschied zwischen dem weiteren und engeren Aussöhnungsbegriff durch die Termini 'Conciliation' und 'Reconciliation'.
- (2) vgl. S.259
- (3) Soweit keine besonderen Angaben gemacht werden, wird im folgenden vom weiten Aussöhnungsbegriff ausgegangen werden.
- (4) aaO. para. 31, S. 17

der erzbischöflichen Studiengruppe so betont wurde, daß die Scheidung der Ehe nur eine der möglichen Lösungen für eine Ehesituation ist, die als unerträglich empfunden wird⁽¹⁾. Für ein realistisches Scheidungsrecht gibt es keine substantielle Divergenz zwischen der Ehetherapie, die der Richter anwendet und der des Counsellors. Beide werden eine Ehe daraufhin untersuchen, ob der Fortbestand einer echten Lebensgemeinschaft möglich und im Interesse der Ehegatten und Kinder wünschenswert ist. Sollte diese Prüfung negativ verlaufen, werden beide die Auflösung dieser einzelnen Ehe im wohlverstandenen Interesse aller Betroffenen wie auch der Stärkung der Institution Ehe als solche befürworten. Beide 'Therapeuten' unterscheiden sich nur darin, daß der Counsellor in der Mehrzahl der Fälle früher als der Richter - und der Rechtsanwalt - mit der gefährdeten oder zerrütteten Ehe in Berührung kommt. Die Aussichten, daß die Ehetherapie zur dauerhaften Aufrechterhaltung der Ehe führt, sind aber nach einhelliger Meinung der Marriage Guidance Councils am größten in einem frühen Stadium der ehelichen Auseinandersetzungen. Diese Aussichten sind erheblich geschmälert zu dem Zeitpunkt, in dem ein Ehegatte rechtliche Beratung eingeholt hat und sind beinahe, aber noch nicht ganz am Nullpunkt angelangt, wenn Klage erhoben wird⁽²⁾. Daraus ergibt sich die für die Sozialfunktion bedeutsame Folgerung, daß die dem Richter zur Verfügung stehende Ehetherapie nicht wegen einer Mangelhaftigkeit des Rechts, sondern kraft Sachzwangs weniger zur Verhinderung der endgültigen Zerrüttung einer Ehe tun kann, als die des Counsellors. Oder anders ausgedrückt: Auch mit dem bestmöglichen eheerhaltenden Scheidungsrecht wird der Richter

(1) Putting Asunder, App. D, para. 7, S. 143

(2) Law Commission, aaO. para 30, S. 17; Ebenso Morton Commission, para. 340, S. 96 und Putting Asunder, App. D, para. 12, S. 156, 157; Passingham, aaO. para. 57, S. 24; Eekelaar, aaO. S. 183; Manchester & Whetton, aaO. 347, 348, 356

immer in erster Linie Ehen aufzulösen haben, weil er eben am Ende der Skala derer steht, die sich der zerrütteten Ehe annehmen⁽¹⁾. Diese sachliche Notwendigkeit ändert aber qualitativ nichts an der ehetherapeutischen Funktion des Richters und dem Wesen des Scheidungsrechts als einem der von der Gesellschaft für notwendig erachteten Mittel zur Stärkung der Institution Ehe.

III. Aussöhnung im Scheidungsreformgesetz

1. Aussöhnung als Schwerpunkt des Reformgesetzes

Das Scheidungsreformgesetz, das, wie zu Beginn des Abschnittes aufgezeigt wurde, Aussöhnung ermutigen und erleichtern will⁽²⁾, hat diesem Begriff damit eine in der bisherigen englischen Gesetzgebung nicht gekannte Bedeutung zuerkannt⁽³⁾. Die Förderung der Aussöhnung ist einer der drei erklärten Schwerpunkte des Reformgesetzes⁽⁴⁾, das die Dauerhaftigkeit der Ehe stärken will⁽⁵⁾. Die Bedeutung der Aussöhnung kommt programmatisch in den bereits zitierten Titeln des Gesetzes und der Section 3, materiell in den einschlägigen Bestimmungen dieser Vorschrift zum Ausdruck⁽⁶⁾. Aber auch ohne die ausdrückliche Hervorhebung

- (1) Für den Anwalt gilt das weniger, da dieser sowohl zeitlich früher als auch auf einer niedrigeren Stufe der 'Eskalation' mit der zerrütteten Ehe befaßt wird.
- (2) Long title und s.3 des Gesetzes; siehe oben S. 254
- (3) Griew, aaO. S. 294; Tindall, aaO. S. 37; vgl. Rheinstein, Marriage Stability, S. 439, 440
- (4) Zerrüttungsscheidung, Verhinderung der Zerrüttung, gerechter Interessenausgleich
- (5) Passingham, aaO. para. 59, S.24; ders.aaO.(1969) 66 Gaz.40; Mortimer, aaO. (1972) 2 Fam.Law 191; vgl. Pheasant v. Pheasant (1972) Fam. 202; (1972) 1 AllER 587; (1972) 2 WLR 353; Morgan v. Morgan (1973) 117 Sol.J. 223. Diese Absicht wurde bekräftigt in Santos v. Santos (1972) Fam.247; (1972) 2 AllER 246; (1972) 2 WLR 889
- (6) "Parliament, by enacting s.3 of the Divorce Reform Act 1969 has once more shown its concern that the possibility of reconciliation between spouses who are contemplating or engaging in matrimonial litigation should be explored in order to ascertain whether this might not be more conducive to the happiness of the spouses and their children than the forensic prosecution of their dispute." Verfahrensordnung, Practice Direction, der Family Division, - siehe S.262 FN 2

wäre der Aussöhnungsgedanke untrennbarer Bestandteil des Zerrüttungsscheidungsrechts: Im Rahmen der Untersuchungen zum Zerrüttungsgrundsatz in s.1 des Gesetzes ist bereits aufgezeigt worden, daß die Aussöhnungsvorschriften auch als negative Tatbestandsmerkmale des Scheidungsgrundes angesehen werden können⁽¹⁾. Es wird auch die Meinung vertreten, daß der Kläger in der Klage vorzutragen habe, ein Aussöhnungsversuch sei fehlgeschlagen⁽²⁾. Wenn diesen Auffassungen auch in der Praxis nicht gefolgt wird, so bewegen sie sich doch innerhalb der Logik des Zerrüttungsprinzips. Wesensmerkmal dieses Prinzips ist es, Ehen dann - aber auch nur dann - zu scheiden, wenn sie endgültig, d.h. derart zerrüttet sind, daß keinerlei begründete Aussicht auf Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft besteht. Das Fehlen von Aussöhnungsaussichten ist somit Begriffsmerkmal des "irretrievable breakdown"⁽³⁾, die Möglichkeit der Aussöhnung dessen Gegenteil⁽⁴⁾. Bromley zeigt den unlösbaren Zusammenhang mit den Worten auf: "The emphasis of the whole of the Divorce Reform Act is on irretrievable breakdown and thus on the possibility of reconciliation!"⁽⁵⁾.

Jenseits der begrifflichen Ebene besteht darüberhinaus, wie bereits nachgewiesen wurde⁽⁶⁾, ein funktionaler Zusammenhang des Scheidungsrechts und der Konzeption der Aussöhnung als Ehe-therapie und soziale Techniken für das 'post-divorce adjustment'. Es ist das Verdienst des Gesetzgebers, dieser Rolle des Scheidungsrechts mit der Einführung des Zer-

(1) siehe S.76 ff.

(2) Freeman, aaO. S. 186

(3) Putting Asunder, para. 31, S. 22 und para. 76, S. 63; vgl. Eekelaar, S. 244

(4) Griev, aaO. S. 305

(5) aaO. S. 213

(6) siehe S.253 ff. u. 267 ff.

rüttungsprinzips Rechnung getragen zu haben. Der hohe Stellenwert der Aussöhnung im Gesetz ist die Konsequenz aus diesem Wandel der Grundlagen des Rechts. Das Scheidungsreformgesetz erweckt somit sowohl prinzipiell, als auch aufgrund der im Gesetz getroffenen speziellen Regelungen hohe Erwartungen für die Realisierung der heutigen Vorstellungen von wirksamer Aussöhnungsarbeit: "changes in the fundamentals of divorce law justify a new approach to the purposes and practices of reconciliation"⁽¹⁾.

2. Die Aussöhnungsvorschriften des Gesetzes⁽²⁾

Die Aussöhnungsvorschriften des Scheidungsreformgesetzes richten sich an drei Adressaten: den Anwalt, das Gericht und die Ehepartner. Zweck der Vorschriften ist in den Worten von Tindall:

"to provide positive help for people facing divorce with reluctance or uncertainty, and to be a source of referral for solicitors and judges when dealing with marriages whose breakdown they feel may not be irretrievable".⁽³⁾

Die bereits zitierte Verfahrensordnung der Family Division verdeutlicht, welchen Zweck diese 'positive Hilfe' haben soll⁽⁴⁾.

Die Bemühungen geltendmachen der Aussöhnung in vier Abstufungen: Wenn es nicht zur Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft als das größere Glück für Ehepartner und Kinder kommt, dann soll die öffentliche Austragung ehelicher Streitigkeiten verhindert und die einverständliche Regelung der Scheidungsfolgen mit einem Minimum an Angst und Leid erreicht werden. Zumindest aber sollten diejenigen Streitpunkte festgestellt werden, die ernstlich streitig bleiben und der Entscheidung durch das Gericht

(1) Griew, aaO. S. 294; ders. ebenso S. 305

(2) s.3 DRA 1969; Außer in s.3 DRA 1969 findet der Begriff 'reconciliation' Erwähnung in s.2(2) MCA 1965; Siehe S.261.f.

(3) aaO. S. 37

(4) oben S.271 FN 6

bedürfen. Diese Erwartungen an das Ergebnis der Aussöhnungsarbeit decken sich in erstaunlich eindeutiger Weise mit dem weiteren Aussöhnungsbegriff⁽¹⁾ der heutigen Eheberatungspraxis und sehen die vollständige Aussöhnung im Sinne der engeren Definition Griews⁽²⁾ nur als eines der mehreren Ziele, sicherlich das wünschenswerteste. Was tut das Gesetz selbst für die Erreichung dieser Ziele?

a) Förderung der Aussöhnung durch den Anwalt⁽³⁾

aa) Grundsatz

Der früheste Zeitpunkt, an dem die Ehegatten mit dem Scheidungsrecht in Berührung kommen, ist in der Regel der, wenn einer von ihnen einen Anwalt (Solicitor) aufsucht, um eine juristische Lösung der ehelichen Schwierigkeiten zu erfahren oder einzuleiten. Mit s.3(1) will das Gesetz erreichen, daß die Anwälte mit diesem Ehegatten die Aussichten einer Aussöhnung besprechen und darauf (zumindest) in der Weise vorbereitet sind, daß sie die Namen und Adressen der mit Aussöhnungsarbeit befaßten Personen und Institutionen zur Hand haben und den Ehegatten auf die für ihn geeignet erscheinende Stelle hinweisen können⁽⁴⁾. Verfahrensvorschriften stellen gewisse Formerfordernisse auf und enthalten eine Aufstellung der freien und kirchlichen Eheberatungsorganisationen in England⁽⁵⁾. Der Anwalt ist jedoch nicht verpflichtet, in jedem Fall über Aussöhnung zu sprechen oder an Eheberatungsstellen zu verweisen⁽⁶⁾ und er hat dem Gericht deshalb nur eine Erklärung vorzulegen, ob er es getan hat, nicht, daß es der Fall war.

(1) siehe S. 267 ff.

(2) aaO. S. 306; siehe S.269

(3) s.3(1) DRA 1969; siehe S.37 f.

(4) Law Commission, Cmd. 3123, para. 31, S. 17; Practice Direction aaO.

(5) siehe Practice Direction (1972) 2 ALLER 768; (1972) 1 WLR 1432; vgl. S.38 FN 2

(6) Goodrich v. Goodrich (1971) 2 ALLER 1344; (1971) 1 WLR 1142

An der Frage der Einführung einer Mußbestimmung hatte sich im Parlament wie in der juristischen Öffentlichkeit eine intensive Diskussion entzündet⁽¹⁾. Schwerpunkte der Argumentation waren zum einen das Selbstverständnis der Anwaltschaft in ihrer Rolle als 'Social engineers'⁽²⁾, zum anderen die Gefahr der 'Bereicherung' des Scheidungsverfahrens um eine weitere bloße Formalität⁽³⁾.

Der Gesetzgeber folgte dem gemeinsamen Vorschlag der Law Commission und der erzbischöflichen Studiengruppe⁽⁴⁾ und stellte es in s.3(1) den Anwälten frei, der Situation der jeweiligen Ehe entsprechend zu handeln: "Reference to a marriage guidance counsellor or a probation officer should not be regarded as a formal step which must be taken in all cases irrespective of whether or not there is any prospect of reconciliation"⁽⁵⁾.

- (1) Siehe dazu als Beispiel die Leitartikel 'Reconciliation and Breakdown', (1969) 119 NLJ 661; 'Divorce Reform Bill', (1969) 119 NLJ 795; 'Marriage Guidance in the Breakdown Context', (1969) 119 NLJ 850 und die Stellungnahme des Sekretärs der Law Society, Adamson, 'Reconciliation', (1969) 119 NLJ 866, sowie die Leitartikel 'Encouraging Reconciliation' und 'Marriage Guidance Counsellors - Privileged Communications', (1970) 120 NLJ 805;
- (2) Die Diskussion wurde eingeleitet mit der richtungsweisenden Untersuchung von Oerton und Green über das Selbstverständnis der Anwaltschaft und die Notwendigkeit der Nutzbarmachung der Erkenntnisse und Methoden der analytischen Psychotherapie: 'Marriage Breakdown' (1963) 60 Gaz. 655; Darin waren die polemischen Sätze zu lesen: "yet we claim to be a learned and honourable profession, and it is to be hoped that our learning is not confined to the law, nor our honour to matters of professional etiquette. Do we substantiate this claim by parcelling out divorces across the counter like so many packets of tea?"
- (3) vgl. S. 254 ; siehe auch Mostyn, aaO. (1970), 120 NLJ 587 und Mortlock, aaO. S. 161 ff, 178 ff.: "Solicitors "
- (4) Law Commission, No. 15, para. 3, S. 30
- (5) Practice Direction, aaO.; So auch: Goodrich v. Goodrich (1971) 2 ALLER 1344; (1971) WLR 1142; sowie bereits Passingham, The Divorce Reform Act 1969, para. 57, S. 24

bb) Rahmenbedingungen der Wirksamkeit

Das Gesetz hat den Anwälten damit nach den Worten von Samuels eine ethische, nicht eine rechtliche Pflicht übertragen, das Anliegen der Aussöhnung zu fördern, und ihnen damit eine neue Bürde auferlegt, obwohl der Anwalt schon immer zuallererst im besten Interesse des Mandanten gehandelt und immer die Möglichkeit der Aussöhnung eröffnet habe, wenn das der richtige und vernünftige Weg war⁽¹⁾. Der Wirklichkeit der täglichen Praxis dürfte allerdings die von Alefounder geäußerte Befürchtung näher kommen, daß nur der gewissenhafte Anwalt dem großen Anfall an Untersuchungen in den Zustand der Ehe ausgesetzt ist, dafür jedoch keine Vergütung erhält: "We have always been justly proud of the element of service to the public in our profession, but there is a limit to the amount of unpaid time one can devote to such efforts in addition to other professional and social duties"⁽²⁾.

S.3(1) trägt dieser Situation der Praxis insofern Rechnung, als es dem Anwalt keine zwangsweise 'Sühneausprache' auferlegt und ihn im übrigen zur Zusammenarbeit mit den Fachleuten der Ehe-therapie anhält⁽³⁾. Diese Zusammenarbeit ist denn wohl auch das Kernstück der Bestimmung und die wesentliche Voraussetzung ihrer Wirksamkeit⁽⁴⁾. Sie ist nur möglich, wenn die Anwälte Wesen und Möglichkeiten der Aussöhnungsarbeit kennen und die Mandanten und ihre Ehe danach zu beurteilen verstehen. Einer schematischen 'Verweisung' aller Mandanten an die Eheberatungsstellen wären diese

(1) Samuels, *Reconciliation in Divorce Cases*, (1971) 121 NLJ 834, 835; Puxon, aaO. S. 139; Morris, aaO. S. 159; vgl. Passingham, aaO. para. 57, S. 24; Griew, aaO. S. 307; vgl. Bromley, aaO. S. 214;

(2) *Reconciliation in Divorce Cases*, (1971) 115 Sol. J. 25; ebenso Freeman, aaO. S. 206, der darüber hinaus auf die fehlende Ausbildung der Anwälte in Fragen der Ehe-therapie hinweist.

(3) vgl. Mostyn, aaO.

(4) dazu im einzelnen Tindall, aaO. S. 37-39

nicht gewachsen⁽¹⁾. Die Wirksamkeit von s.3(1) stößt somit zwangsläufig an drei Grenzen: nur ein Teil der Mandanten, deren Ehe zerrüttet ist, wird bereit und geeignet sein, an eine Eheberatungsstelle verwiesen zu werden; nur ein Teil der Anwälte wird bereit und in der Lage sein, die dazu erforderliche Befragung sachgemäß durchzuführen und schließlich ist die Kapazität der Eheberatungsstellen begrenzt⁽²⁾.

Die Bedenken auf die s.3(1) im Schrifttum verbreitet gestoßen ist⁽³⁾, sind insoweit berechtigt, als die Bewirkung der Vorschrift wegen dieser Sachzwänge auf verhältnismäßig wenige Fälle beschränkt ist. Es sollte jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß auch eine kleine Zahl geretteter Ehen und Familien noch immer eher ein Argument für, statt gegen diesen Versuch des Gesetzgebers zur Förderung der Aussöhnung abgibt. Das Gleiche muß für etwaige Erfolge der Aussöhnungsarbeit bei der Interessenausgleichung hinsichtlich der Scheidungsfolgen und der Verminderung von Zündstoff für das Scheidungs- und Scheidungsfolgenverfahren gelten, die ja mit s.3(1) gleichfalls bezweckt sind⁽⁴⁾. Die Hilfe für das 'post-divorce adjustment' eines oder beider Ehegatten sollte gleichfalls nicht übersehen werden⁽⁵⁾, wenn auch Gesetz und Verfahrensankordnungen diesem wichtigen Gesichtspunkt keine Beachtung schenken⁽⁶⁾. Nach Ansicht von Griew dürfte der Erfolg von s.3(1) bei Scheidungsfolgenregelungen weniger durch Mängel der Vorschrift selbst als vielmehr durch fehlende Vorbereitung der Counsellors auf diesen Aspekt ihrer Aufgabe in Frage gestellt sein⁽⁷⁾.

(1) Tindall, aaO. S. 37

(2) Auf das grundlegende 'Handicap' des Rechts als Vehikel der Eheberatung, das zuallerletzt erst mit der zerrütteten Ehe zu tun bekommt, ist bereits hingewiesen worden: S270 f.; siehe dazu eingehend Manchester & Whetton, aaO. S. 351, 352

(3) Griew, aaO. S. 307, 308; Freeman, aaO. S. 199; Passingham, aaO.; Lasok, aaO. S. 472; Puxon, aaO.; vgl. auch Law Commission, Cmd. 3123, para. 31, S. 17, unter Hinweis auf australische Erfahrungen; vgl. S.283: Zusammenfassung

(4) siehe S.273 f.

(5) siehe S.268 ff.

(6) vgl. die Kritik Freeman's, aaO. S. 207

(7) aaO. S.315

b) Förderung der Aussöhnung durch das Gericht

aa) Grundsatz

Mit dem ausdrücklichen Auftrag an die Anwälte, ihre Funktion im Scheidungsverfahren aussöhnungsbewußt⁽¹⁾ wahrzunehmen, korrespondiert die Handhabe für das Gericht, das Verfahren jederzeit für Aussöhnungsversuche aussetzen zu können, sofern dafür begründete Aussichten bestehen⁽²⁾. Das Gericht bestimmt dabei den Zeitraum, den es für erfolgversprechende Versuche geeignet hält, und innerhalb dessen die Rechtspositionen der Gatten gewahrt bleiben⁽³⁾. Diese Vorschrift des Gesetzes läuft naturgemäß Gefahr, für ein Scheidungshindernis gehalten zu werden⁽⁴⁾. Die Nähe zum alten Hindernis der Verzeihung ist offensichtlich. Andererseits hat das Scheidungsreformgesetz die alte Konzeption der Verzeihung mit all ihren 'Obskuritäten' abgeschafft⁽⁵⁾. Der substanzielle Unterschied zwischen Verzeihung einerseits und Aussöhnung, wie sie in s.3(2) dem Inhalt nach in Betracht kommen kann, andererseits, ist, daß Verzeihung ein einseitiger Vorgang ist, während die Verfahrensaussetzung nach s.3(2) nur dann denkbar ist, wenn beide Seiten freiwillig in Aussöhnungsversuche einwilligen⁽⁶⁾. Sollte dies der Fall sein, dann wird das Gericht den Verfahrensmechanismus in Gang setzen, der mit der Entscheidung S.v.S. zunächst versuchsweise in London eingeführt worden war und der nun für alle Gerichte Anwendung findet⁽⁷⁾. Zweck des Verfahrens ist die Herbeiführung einer Aussöhnung

(1) Eekelaar, aaO.

(2) s. 3(2) DRA 1969: siehe oben S.38

(3) vgl. Law Commission, Cmnd.3123, para.32, S.18; Puxon, aaO.S.139; Bromley, aaO.S.213

(4) vgl. Samuels, aaO.S.834

(5) s. 9 DRA 1969; vgl. die Ausführungen Levin's, aaO.S.640

(6) Griew, aaO.S.309; Putting Asunder, para.76, S.64

(7) Practice Direction (1971) 1 All ER 894; (1971) 1 WLR 223; für Einzelheiten siehe oben S.261 ff.

im weiten Sinne, wie sie von der dazu ergangenen Verfahrens-anordnung in extensiver Auslegung des Gesetzeswortlauts um-rissen worden ist⁽¹⁾.

bb) Rahmenbedingungen der Wirksamkeit

Es bedarf keiner grundlegenden Untersuchung in die Bewußt-seinslage von Scheidungsklägern und -beklagten, um die all-gemeine Meinung für richtig zu halten, daß die Erfolgsaus-sichten von s.3(2) äußerst gering sind⁽²⁾: naturgemäß können sich die Gerichte überhaupt nur dann ein Bild vom wahren Zu-stand der Ehe und einer eventuellen Aussöhnungsbereitschaft der Ehegatten machen, wenn das Verfahren streitig ist und auch dann nur, wenn beide Seiten vor Gericht erscheinen⁽³⁾. Aus der Aktenlage bzw. dem Vortrag des Anwaltes oder der Anwälte werden sich die notwendigen Anhaltspunkte in aller Regel nicht ergeben können. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß das Gericht allenfalls bei streitigen Ehever-fehlungstatbeständen und insbesondere dann, wenn Kinder be-troffen sind, von seinem Ermessen Gebrauch machen wird⁽⁴⁾.

Als Ergänzung zu den Aussöhnungsbemühungen eines Anwalts hat s.3(2) eine zusätzliche Funktion zu erfüllen. Der An-walt, auch der 'aussöhnungsbewußte', arbeitet immer für eine Partei, also auch nur für einen Ehegatten. Diese Folge des streitigen Verfahrens in Ehesachen verdeutlicht dessen Nachteile und stößt gerade im Zusammenhang mit dem Aussöh-nungsgedanken auf Kritik⁽⁵⁾. Nachdem im heutigen Zerrüttungs-scheidungsrecht materiell die Ehe selbst Streitgegenstand ist

(1) siehe S. 273 i.; Griew, aaO. S.310

(2) Griew, aaO. S.309; Law Commission, Cmd.3123, para. 32, S.18; Freeman, aaO. S.205; vgl. oben S.270 f.

(3) vgl. Lasok, aaO. S.472

(4) Samuels, aaO.; vgl. Passingham, aaO. para.58, S.24

(5) Lasok, aaO.; Tindall, aaO. S.38; Mostyn, aaO. (1970) 120 NLJ 506; Putting Asunder, para.28, S.19; vgl. auch die Kritik am streitigen Verfahren in Ehesachen oben S.201 ff., 231 ff. sowie das auf S.353 FN 1 angegebene Schrifttum

und nicht die Handlungen oder Unterlassungen des einzelnen Gatten, ist das Prinzip der einseitigen Vertretung für die Masse der 97 % unstreitigen Scheidungsverfahren nur nachteilig: könnte sich ein Anwalt der Interessen aller Betroffenen und insbesondere der der Kinder annehmen, wäre die Gefahr von Streitigkeiten über Folgeregelungen geringer und die Aussicht auf Aussöhnung im weiten wie engeren Sinne größer⁽¹⁾.

Aussöhnungsversuche mit einem Ehegatten allein haben nur dann Erfolg, wenn der andere Ehegatte ohnehin bereits Bereitschaft gezeigt hat. Ist das nicht der Fall, werden also die Reaktion und der Erwartungshorizont des anderen Gatten nur in der Interpretation durch den anderen berücksichtigt, dann hat die einseitige Aussöhnungsarbeit mit Hilfe des Anwalts schon allein deshalb wenig Erfolgsaussicht, weil das den anderen Gatten in seiner Gegnerrolle bestärken und diesen eine Beeinträchtigung seiner Rechtsposition befürchten lassen wird⁽²⁾. Hier kann sich s.3(2) als nützliches Korrelat zu s.3(1) erweisen, indem die Interessenlage der Ehegatten vom Gericht objektiviert und einem gemeinsamen, freiwilligen Aussöhnungsversuch die Grundlage gegeben wird.

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß diese Vermittlerrolle des Gerichts nur in äußerst seltenen Fällen zum Tragen kommen kann. Mehr noch als beim Anwalt stößt die Aussöhnungsvermittlung durch das Gericht auf objektive Grenzen, die in der Natur der Scheidung als letztem Stadium der Auflösung einer ehelichen Gemeinschaft liegen⁽³⁾.

(1) vgl. Mostyn, The Present Divorce System. Proposals for the Future, (1970) 120 NLJ 506, der ausführliche Vorschläge in dieser Richtung macht.

(2) vgl. Manchester & Whetton, aaO. S. 349, 350

(3) siehe S.270 f.

Das Scheidungsrecht, das den Zündstoff aus den Streitigkeiten zwischen den Gatten nehmen will⁽¹⁾ und daher unstreitige Scheidungen fördert, vermindert damit zugleich die Zahl der Gelegenheiten, an denen die Gerichte Maßnahmen aufgrund s.3(2) einleiten können. Bei der Abwägung der Ziele des Scheidungsrechts hat der Gesetzgeber der "Beerdigung der Ehe mit Anstand und Würde"⁽²⁾ den Vorzug vor zwangsweisen Prozeduren zur gerichtlichen Sondierung der Aussöhnungsaussichten eingeräumt⁽³⁾. In Anbetracht der Überzahl der Ehen, in denen unabweislich nur eine Scheidung in Betracht kommen kann, gegenüber den Ehen, in denen im Augenblick der mündlichen Verhandlung noch Hoffnung auf ihren Fortbestand bestehen kann, hatte die Entscheidung des Reform-Gesetzgebers nur in dieser Weise ausfallen können.

Eine weitere Rahmenbedingung der Wirksamkeit von s.3(2) ist das 'Aussöhnungsbewußtsein' der Richter. Die Stellung des englischen Richters als 'Schiedsrichter'⁽⁴⁾ setzt ihrer Aussöhnungstätigkeit gleichfalls Grenzen. Das Gesetz sieht es deshalb "klugerweise" auch nicht als Aufgabe der Gerichte an, eine Aussöhnung der Parteien herbeizuführen⁽⁵⁾. Dafür sind die in der zitierten Verfahrensordnung genannten Personen und Institutionen zuständig⁽⁶⁾. Es wäre auch objektiv schwierig, alle erforderlichen Eigenschaften in einer Person, der des Richters, zu vereinigen und daher schlecht, wenn der Richter das Counselling übernehme⁽⁷⁾. Section 3(2) setzt jedoch voraus,

(1) Law Commission, Cmd. 3123, para. 17, S. 11

(2) Law Commission, aaO.

(3) vgl. S.254 f.

(4) siehe S.74

(5) Reynold, Zum neuen englischen Scheidungsrecht, DRiZ 1971, 304; Rheinstein, Marriage Stability, S. 442, 443; ders., aaO. (1956) Vand. LR 663 FN 50: "In England it is a universally recognized principle that attempts at reconciliation are not to be undertaken by a judge".

(6) (1971) 1 ALLER 894; (1971) 1 WLR 223; siehe S.262 u.S.271 FN6

(7) Rheinstein, Marriage Stability, S. 442; Lord Simon, Judicial Processes in England, (1973) 70 Gaz.2061

daß die Richter 'aussöhnungsbewußt' sind, d. h. daß sie die Ehesituation und die Parteien im Hinblick auf ein Tätigwerden der Counsellors einzuschalten verstehen⁽¹⁾. In der Herbeiführung dieses Bewußtseins dürfte denn auch der Hauptzweck der Bestimmung liegen, die die Gerichte ausdrücklich auf das gesetzgeberische Anliegen der Aussöhnung hinweist. Die so verstandene Absicht des Gesetzgebers ist in *Pheasant v. Pheasant* bestätigt worden, wo Ormrod J. die Bedeutung von s.3 im allgemeinen und die von s.3(2) im besonderen hervorhebt:

"... the Act contains in s.3 a number of important provisions relating to reconciliation which make it plain that the policy of the legislature is to encourage reconciliation as far as may be practicable. Section 3(2) is particularly important..."⁽²⁾.

Diese Entscheidung zeigt jedoch zugleich eine weitere 'Konkurrenz' auf, der s.3(2) unterliegt: entgegen der Erwartung Freemans⁽³⁾ kann das Vorhandensein von Aussöhnungsaussichten statt zur Aussetzung des Verfahrens zur Klageabweisung mangels Nachweises der endgültigen Zerrüttung führen⁽⁴⁾. *Pheasant v. Pheasant* stützt damit die Feststellung Samuels, daß in der Praxis Aussetzungen nach s.3(2) sehr selten vorkämen⁽⁵⁾, da die Gerichte hinsichtlich der Aussöhnung wohl wenig zuversichtlich seien⁽⁶⁾.

(1) vgl. Griew, *Marital Reconciliation - Context and Meanings*, (1972) A 30 CLJ 294

(2) (1972) Fam. 202; (1972) 1 AllER 587; (1972) 2 WLR 353

(3) aaO. S. 186

(4) siehe im einzelnen *Pheasant v. Pheasant*, aaO.; vgl. oben S. 81 ff.

(5) *Reconciliation in Divorce Cases*, (1971) 121 NLJ 834

(6) Samuels, aaO.

c) Zusammenfassung

Die Regelungen, die der Gesetzgeber in s.3(1) und (2) des Scheidungsreformgesetzes zur unmittelbaren Förderung der Aussöhnung getroffen hat, sind im Schrifttum auf zahlreiche Kritik gestoßen: das Gesetz lege nur ein Lippenbekenntnis zum Grundsatz der Aussöhnung ab⁽¹⁾, der Wert von s.3(1) sei äußerst zweifelhaft⁽²⁾ und s.3(2) sei bloße Augenauswischerei⁽³⁾.

Die Kritik, die die Aussöhnungsvorschriften als gänzlich wirkungslos⁽⁴⁾ und bloßen Beschwichtigungsversuch für die Gegner einer zu leichtgemachten Ehescheidung bezeichnet⁽⁵⁾, gipfelt in dem Satz Freemans: "These provisions are half-hearted, toothless and in their context totally useless: they constitute the weakest link in the Act"⁽⁶⁾.

Die praktische Bedeutung der Aussöhnungsvorschriften, die theoretisch einen der drei Schwerpunkte des Scheidungsreformgesetzes abgeben, ist schwer feststellbar. Scheidungsstatistiken sind ohnehin nur ein höchst unzuverlässiger Anhaltspunkt für das wahre Ausmaß an ehelicher Zerrüttung und Zahlen über Aussöhnungsversuche sagen wenig über deren Erfolg aus, wie auch immer dieser definiert sein mag. Die Statistiken verschiedener Counselling Institutionen geben jedoch immerhin Auskunft über den Umfang der Aussöhnungsarbeit und eventuelle Veränderungen und Tendenzen und lassen somit Schlüsse auf den Erfolg des Gesetzes zu.

{1} Morris, *The End of Marriage*, S. 158

{2} Passingham, aaO. para. 57, S. 24; Bromley, aaO. S. 214; Puxon, aaO. S. 139

{3} Griew, aaO. S. 309

{4} Morris, aaO. S. 163; vgl. Mortimer, aaO. S. 191, Lasok, aaO.; O'Neill, *The Matrimonial Causes Act 1973*, (1973) 36 MLR 639

{5} vgl. Griew, aaO. S. 294 O'Neill, aaO.

{6} aaO. S. 199

Der Jahresbericht des National Marriage Guidance Council 1973 kommt zu dem Ergebnis, daß sich das Scheidungsreformgesetz weitgehend als unwirksam erwiesen habe⁽¹⁾. Die Zahl der bearbeiteten Fälle war schon seit 1966 kaum mehr angestiegen, was angesichts der starken Zunahme der Scheidungen einen relativen Rückgang der Aktivitäten darstellt. Die Aussöhnungsarbeit des Bewährungshelferdienstes ist zwischen 1960 und 1970 sogar absolut um 40,5 % zurückgegangen, wofür allerdings eine Vielzahl von Gründen maßgeblich sein dürfte, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann⁽²⁾. Lediglich 265 Fälle sind 1971 von den Richtern an den Fürsorgebeamten des Gerichts im Rahmen von s.3(2) DRA 1969 verwiesen worden⁽³⁾ und die Anwälte haben 1972 nach den Schätzungen des National Marriage Guidance Council nur etwa 300 Mandanten an einen Eheberater weitergeleitet⁽⁴⁾. Bei aller Fragwürdigkeit der Beweisführung dürfte daher der Schluß richtig sein, daß die Aussöhnungsbestimmungen des Scheidungsreformgesetzes⁽⁵⁾ bisher ein Fehlschlag sind⁽⁶⁾. Dennoch kann der pauschalen Kritik am Konzept der Aussöhnung nicht beigespflichtet werden. Aufgrund der aufgezeigten Rahmenbedingungen ihrer Wirksamkeit, auf die der Scheidungsgesetzgeber keinen unmittelbaren Einfluß hat, konnte von Anfang an nur ein zahlenmäßig geringer Erfolg erwartet werden⁽⁷⁾.

(1) zitiert bei Manchester & Whetton, aaO. S. 355; vgl. Brown, aaO. (1972) 122 NLJ 528

(2) Manchester & Whetton, aaO. S. 349, 350

(3) aaO. S. 350 FN 35;

(4) aaO. S. 355; Puxon stellt fest, daß viele Anwälte die Erklärung abgeben, daß sie nicht über Aussöhnung gesprochen haben: aaO. S. 139, FN 16 a

(5) s.3(1)(2) DRA 1969

(6) O'Neill, aaO.; Manchester & Whetton, aaO. S. 359

(7) siehe oben S. 276 f., 279 f.

Auch die Law Commission hatte nur mit einem marginalen Effekt gerechnet⁽¹⁾. Abgesehen von dem Argument, daß auch zahlenmäßig wenige Aussöhnungen bereits den Zweck des Gesetzes erfüllen, darf doch nicht übersehen werden, daß wesentliche Voraussetzungen für ein stärkeres 'Durchschlagen' des Aussöhnungsgedankens auf die Rechtswirklichkeit noch immer fehlen: Der Begriff der Aussöhnung im weiteren Sinne dessen, was Counselling heute hinsichtlich der zerrütteten Ehe zur Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft, aber auch - und das ist das Entscheidende - zum 'post-divorce adjustment'⁽²⁾ der davon Betroffenen zu leisten vermag, ist noch immer fast nur Fachleuten bekannt. Für die überwiegende Mehrzahl der Ratsuchenden und (juristischen) Ratgeber bezweckt Aussöhnung nichts anderes als die Aufrechterhaltung des rechtlichen Bandes⁽³⁾. Das mangelnde Aussöhnungsbewußtsein der Anwälte wirkt sich dabei umso stärker aus, als deren Beistand heute wegen 'legal aid' ohne weiteres und schon zu einem frühen Zeitpunkt ehelicher Schwierigkeiten zu erhalten ist⁽⁴⁾. Hinzu kommt die Rollenerweiterung der Klienten, die im Anwalt lediglich den Fachmann für die rechtliche Auflösung der Ehe sehen, zu der sie sich entschlossen haben, von ihm aber nicht Hilfe in emotionalen Fragen erwarten⁽⁵⁾. Das Scheidungsrecht kann unter diesen Umständen nicht mehr tun, als die Verfahrensbeteiligten auf die Bedeutung der Aussöhnung hinzuweisen

(1) Law Commission, Cmd. 3123, para. 31, S. 17, 18

(2) siehe oben S. 253, 268, 271

(3) Manchester & Whetton, aaO. S. 359, aufgrund einer Befragungsaktion im Gebiet von Birmingham

(4) Der Rückgang der Eheberatungstätigkeit des Bewährungshelferdienstes wird zum Teil gerade auf diesen Umstand zurückgeführt, der es den anderweitig stark beanspruchten Bewährungshelfern gestattet, Ratsuchende sofort an einen Anwalt zu verweisen.

(5) Manchester & Whetton, aaO. (1974) 23 ICLQ 349, 350

und das Verfahren der Eheauflösung so zu gestalten, daß Aussöhnungsversuche, gleich in welchem Stadium der Zerrüttung oder des Scheidungsverfahrens, jederzeit und ohne Nachteile für die Rechtsposition des Aussöhnungswilligen unternommen werden können.

Die Kritik an s.3(1) und (2) des Scheidungsreformgesetzes muß sich darauf beschränken, Unterlassungen des Gesetzgebers bezüglich der ersteren Funktion zu rügen. In der Tat fehlt es an einer Definition des Begriffes 'Aussöhnung' und einer Umschreibung ihres Zwecks. Anwalt und Richter werden über ihre therapeutischen Aufgaben und Möglichkeiten im unklaren gelassen. Die für einen Erfolg der Aussöhnung notwendige Einbeziehung des Counselling wird daher an keiner Stelle des Verfahrens in adäquater Weise erwogen und bleibt dem Zufall überlassen.

Präzisere gesetzliche Regelungen könnten dazu beitragen, das entscheidende Hindernis ihrer Wirksamkeit wenn nicht zu beseitigen, so doch zu verringern: das mangelnde Aussöhnungsbewußtsein der Verfahrensbeteiligten und ihre unzureichende Kenntnis der Möglichkeiten des Counselling. Das Scheidungsrecht allein wird dazu jedoch nicht in der Lage sein, auch nicht im Wege eines obligatorischen Sühneverfahrens. Der notwendigerweise langwierige Prozeß der Bewußtseinsveränderung einer breiten Öffentlichkeit erfordert, wenn es der Gesetzgeber ernst meint mit der Aussöhnung, flankierende Maßnahmen, wie die Intensivierung der staatlichen Förderung der Eheberatungseinrichtungen, die verstärkte Propagierung ihrer Dienste - insbesondere unter der heranwachsenden Bevölkerung - und die Verbesserung der Ausbildung der Juristen im Hinblick auf die therapeutische Funktion des Rechts und ihre Rolle als 'Social

engineers⁽¹⁾. Zusammensetzung, Zuständigkeit und Verfahren der mit der zerrütteten Ehe befaßten Gerichte müßten auf diese Zweckbestimmung hin ausgerichtet werden⁽²⁾.

- (1) vgl. Manchester & Whetton, aaO. S. 359, ff; Dominian, aaO. S. 140 ff., 150; Rheinstein, The Law of Divorce and the Problem of Marriage Stability, (1956) 9 Vand. LR 661; ders., Marriage Stability, S. 421 ff.; Watson, Psychoanalysis and Divorce, S. 336; Die erzbischöfliche Studiengruppe betonte die Notwendigkeit, Aus- und Fortbildungsprogramme für Anwälte, Ärzte und Geistliche einzuführen "for the benefit of their clients in general and for furthering reconciliation instead of divorce in particular: " Putting Asunder, App. E, para. 17, S.159. Voraussetzung dafür sei die vermehrte Ausbildung von Fachkräften, "professional social workers and family caseworkers", die deshalb bei der Mittelbereitstellung Priorität erhalten sollte, "to demonstrate the nation's determination to put more of its effort into saving marriages than into terminating them:"aaO. para. 19, S. 161
- (2) vgl. Putting Asunder, App. C, paras. 47 - 51, S. 134 - 139; Eekelaar, aaO. S. 275 ff.: "Court Structure", S. 287; vgl. den Überblick über die weiteren Entwicklungstendenzen, S. 352 ff.

d) Mittelbare Förderung der Aussöhnung - Versuchsperiode
für die Ehegatten - (1)

Die bisher dargestellten Aussöhnungsvorschriften des Scheidungsreformgesetzes haben die direkte Förderung der Aussöhnung durch Anwälte und Richter zum Gegenstand. Jegliche Initiative im Hinblick auf eine Aussöhnung, und sei es im weitesten Sinne einer befriedigenden Scheidungsfolgenregelung, kann nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn sie materiell-rechtlich abgesichert ist. Mit anderen Worten: wenn dem aussöhnungswilligen Ehegatten eine Beeinträchtigung seines Scheidungsrechts oder gar dessen Verlust droht, wird jeglicher Hinweis durch den Anwalt oder Richter⁽²⁾ vergeblich und tatsächlich nur ein Lippenbekenntnis zum Gedanken der Aussöhnung sein. Noch weniger wird dieser Ehegatte von sich aus oder mit Hilfe eines Counsellors eine Aussöhnung ernstlich anstreben können, wenn sich das ohne rechtliche Absicherung zu seinen Ungunsten auswirken kann. Ungeachtet dessen ist ein Scheidungsrecht, das die Ermutigung der Aussöhnung zum Ziel hat, nur dann glaubwürdig, wenn es den Bemühungen der Betroffenen selbst Unterstützung angedeihen läßt. Mit dem Matrimonial Causes Act 1963 und später dem Matrimonial Causes Act 1965⁽³⁾ hatte der Gesetzgeber bereits Versuchsperioden eingeführt, innerhalb derer das Zusammenleben der Ehegatten unter gewissen Voraussetzungen nicht als Verzeihung einer vorangegangenen Eheverfehlung galt und dann

(1) s.3(3)(4)(5) DRA 1969

(2) Hierunter sollen nichttechnische Aussöhnungshinweise des Richters verstanden werden: bei der förmlichen Aussöhnungsförderung gemäss s.3(2) legt der Richter selbst den Zeitraum fest, innerhalb dessen kein Rechtsverlust eintritt: vgl. S. 278 f.

(3) ss. 1(2) und 42(2)

nicht zum Verlust des Scheidungsrechts führte⁽¹⁾. Das Scheidungsreformgesetz führt diesen Lösungsweg fort und enthält mit s.3(3)(4)(5) Bestimmungen mit dem Zweck, sicherzustellen, daß die Ehepartner von Aussöhnungsversuchen nicht durch die Befürchtung abgeschreckt werden, daß solche Versuche die Aussichten auf eine Scheidung vernichten, sollten sie fehlschlagen⁽²⁾.

aa) Änderungen gegenüber dem früheren Recht

Drei wesentliche Änderungen gegenüber dem früheren Recht unterstreichen einmal mehr die Bemühung des Gesetzgebers, die Aussöhnung nicht nur zu postulieren, sondern ihr Zustandekommen durch sachgemäße Regelungen auch tatsächlich zu fördern:

Mit sechs Monaten ist der Zeitraum, in dem das Zusammenleben der Ehegatten nach einer Eheverfehlung oder innerhalb eines Getrenntlebenszeitraums schadlos ist, heute doppelt so groß wie früher. In dieser Änderung spiegelt sich die Erkenntnis wieder, daß Aussöhnung ein Prozeß ist, der Zeit braucht und nicht unter Zeitdruck zustandekommen kann⁽³⁾.

Auf dieser Linie liegt auch die Zulassung von mehreren Versuchen bis zu insgesamt sechs Monaten im Gegensatz zum früheren Recht, in dem das Zusammenleben nur einmal wiederaufgenommen werden durfte. Wenn also der erste Versuch z.B. bereits nach zwei Monaten scheitert, ist noch immer der Weg für weitere Versuche offen, bevor die Entscheidung für 'alles oder nichts' getroffen werden muß.

(1) siehe S. 256

(2) Passingham, aaO. para. 18, S. 8; vgl. Bromley, aaO. S. 214; Der Inhalt dieser Vorschriften wurde bereits im Rahmen des Überblicks über das Scheidungsreformgesetz, S. 39.f, und - soweit erforderlich - im Zusammenhang mit den Zerrüttungstatbeständen in s.2(1) des Gesetzes dargestellt, denen sie zugeordnet sind.

(3) vgl. S. 264 ff.

Eine Aussöhnung kann eben häufig nicht so ohne weiteres auf einmaligen 'Anlauf hin erreicht werden und ein Scheidungsrecht, das von einer solchen Prämisse ausginge, wäre unrealistisch. Diese Regelung dient dem Zerrüttungsprinzip in zweifacher Hinsicht: Sie ermöglicht mehrere Versuche, die Zerrüttung nicht endgültig werden zu lassen, und verhilft zugleich dem Gericht zu einem höheren Grad an Gewißheit, daß die Ehe tatsächlich endgültig zerrüttet ist, wenn mehrere Aussöhnungsversuche fehlgeschlagen sind⁽¹⁾. Unter dem alten Recht mußte drittens schließlich das Zusammenleben 'im Hinblick auf eine Aussöhnung' erfolgt sein⁽²⁾. Die enge Auslegung durch die Rechtsprechung hatte die Aussöhnungsperiode daraufhin zu einem 'totgeborenen Kind' gemacht⁽³⁾. Der Reformgesetzgeber hat diese Qualifizierung beseitigt: Zusammenleben 'simpliciter'⁽⁴⁾ ist jetzt das alleinige Kriterium.

Das Scheidungsreformgesetz erkennt damit Freiwilligkeit und Spontaneität als Grundvoraussetzungen einer erfolgreichen Aussöhnungsbemühung an. Die Ehegatten sind frei, das Zusammenleben 'einfach so' fortzusetzen oder wieder aufzunehmen, ohne sich darüber Gedanken machen zu müssen, ob das infolge der bereits eingetretenen Aussöhnung oder erst im Hinblick auf diese erfolgt. Das Recht hat den notwendigen Freiraum geschaffen, in dem sich eine Aussöhnung anbahnen oder bereits bewähren kann. Anregungen des Anwalts oder des Richters haben dadurch die Chance der praktischen Durchführbarkeit erhalten, zumindest aber können sich die Ehegatten in der 'Abkühlungsperiode'⁽⁵⁾ von emotionalen Zwängen lösen und sich darüber klar werden, ob die Zerrüttung endgültig ist oder nicht.

(1) vgl. Passingham, para. 57, S. 24

(2) siehe S. 259

(3) Freeman, aaO. S. 199

(4) Freeman, aaO.

(5) Freeman, aaO. S. 199

bb) Überschreitung der Aussöhnungsfrist

Welches sind die Konsequenzen einer Überschreitung der Aussöhnungsfrist? Das Scheidungsgesetz unterscheidet nach dem jeweiligen Zerrüttungstatbestand, auf den die Klage gestützt wird, drei Arten von Rechtsfolgen⁽¹⁾:

aaa) Fristüberschreitung in den Fällen von s.2(1)(a) und (b) des Gesetzes

Bei Ehebruch⁽²⁾ hat die Sechsmonatsfrist die Wirkung einer absoluten Ausschußfrist: nach mehr als sechs Monaten Zusammenleben in demselben Haushalt⁽³⁾ nach Kenntniserlangung vom Ehebruch kann der Kläger seine Klage nicht mehr auf diese Verfehlung stützen⁽⁴⁾. Der Ehebruch hat auch hierin seine alte Sonderstellung unter den Eheverfehlungen behalten. Das Gesetz unterstellt damit, daß der Kläger, wenn er das Zusammenleben mit dem Beklagten in Kenntnis des Ehebruchs sechs Monate lang als erträglich empfunden hat, dieses im siebten Monat nicht wegen des Ehebruchs oder aus sonstigem Grunde⁽⁵⁾ unerträglich finden kann. Setzt der beklagte Ehegatte die ehebrecherische Beziehung allerdings ohne Wissen des anderen Gatten fort, dann ist der neuerliche Ehebruch ebenso, wie wenn er mit einem anderen Partner erfolgt wäre, selbständiger Klagegrund⁽⁶⁾. Zumindest ist

(1) vgl. S. 39

(2) s.2(1)(a) DRA 1969

(3) s.3(6); siehe die Ausführungen zum Haushaltsbegriff oben S. 169 ff.

(4) s.3(3)(b) DRA 1969

(5) Independenz-Theorie, siehe S. 107 ff. sowie Cleary v. Cleary and Hutton (1974) 1 WLR 73; (1974) 1 ALLER 498 CA, siehe S. 115 ff.; Hier zeigt sich deutlich die Schwäche der Independenz-Theorie, die den evidenten Zusammenhang zwischen Ehebruch und Unerträglichkeit des Zusammenlebens in s.3(3)(b) ignoriert; siehe oben S. 110, 120

(6) Carr v. Carr (1974) 1 ALLER 1200, per Stephenson LJ.

dann die gesetzliche Vermutung der endgültigen Zerrüttung nicht mehr gerechtfertigt.

Anders bei s.2(1)(b) des Gesetzes: auch nach mehr als sechs Monaten des Zusammenlebens nach dem letzten Vorfall, auf den sich die Klage stützt, kann der Kläger noch behaupten, daß das Zusammenleben von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden kann. Es steht dann im Ermessen des Gerichts, die Tatsache des mehr als sechsmonatigen Zusammenlebens als Beweis des Gegenteils anzusehen⁽¹⁾. Das Gesetz geht davon aus, daß bei ehelichem Fehlverhalten bis hin zur vormaligen 'ehelichen Grausamkeit' Fälle denkbar sind, in denen die Ehe trotz des Zusammenlebens endgültig zerrüttet sein kann und eine Ausschußfrist daher nicht gerechtfertigt ist.

Fälle wie Bradley v. Bradley haben die Richtigkeit dieser Annahme inzwischen bestätigt⁽²⁾. Während im Normalfall die sechs Monate auch bei Klagen aufgrund von s.2(1)(b) die Scheidbarkeit der Ehe ausschließen, kann das Gericht von dieser Regel nach den Umständen des Falles abweichen und die Schwere des Verhaltens und die Dauer des Zusammenlebens über die sechs Monate hinaus gegeneinander abwägen⁽³⁾. Das hatte der erstinstanzliche Richter in Bradley v. Bradley verabsäumt⁽⁴⁾. Je schwerwiegender der Vorfall im Sinne von s.2(1)(b), desto länger sollte die erlaubte Abkühlungsperiode sein und je länger diese

(1) s.3(4) DRA 1969; Tolstoy, S. 104

(2) (1973) 3 ALLER 750; (1973) 1 WLR 1201; siehe S. 152 ff.

(3) vgl. Bromley, aaO. S. 215

(4) siehe S. 152

dauert, desto stärker ist der Beweis, daß das Fehlverhalten nicht als unerträglich empfunden wurde⁽¹⁾. Dieses Empfinden des Klägers ist bei s.2(1)(b) jedoch im Gegensatz zu s.2(1)(a) nicht das ausschlaggebende Kriterium und darin dürfte auch der Grund für die unterschiedliche Bedeutung liegen, die der Gesetzgeber der Sechsmonatsfrist bei diesen Eheverfehlungen eingeräumt hat⁽²⁾.

Der Kläger soll sich nicht noch nach längerer Zeit auf den Ehebruch berufen können⁽³⁾, der seinen Unrechtsgehalt heute nur noch sekundär aus der Mißbilligung durch die Rechtsordnung, primär aber aus der Unerträglichkeitsempfindung des betroffenen Ehegatten bezieht⁽⁴⁾, die für das Gericht letztendlich nicht nachprüfbar ist⁽⁵⁾. Bei einer Eheverfehlung nach s.2(1)(b) kann die Klagemöglichkeit dagegen auch nach längerer Zeit unschädlich sein, da ein objektiver Maßstab gilt, d.h. das Gericht und nicht der Kläger feststellt, ob das Zusammenleben mit dem Beklagten vom Kläger vernünftigerweise erwartet werden kann⁽⁶⁾. Das Zusammenleben über sechs Monate hinaus ist daher in den Fällen von s.2(1)(b) kein Scheidungshindernisgrund, sondern nur eine Beweisvermutung⁽⁷⁾.

bbb) Abgrenzungsprobleme

Die klare Unterscheidung der rechtlichen Wirkungen der Sechsmonatsfrist ist allerdings in der Praxis in zweifacher Hinsicht fragwürdig bzw. aufgehoben.

(1) Freeman, aaO. S. 199; vgl. Barton, aaO. S. 350, 351

(2) Freeman, aaO.

(3) vgl. Lord Denning's obiter dictum in Cleary v. Cleary and Hutton (1974) 1 WLR 76; (1974) 1 ALLER 498

(4) siehe S. 95 ff, 105

(5) vgl. S. 106

(6) vgl. S. 139 ff.

(7) vgl. Barton, Questions on the Divorce Reform Act 1969, (1970) 86 LQR 351

Die Fragwürdigkeit der Unterscheidung ist eine Konsequenz der herrschenden Independenz-Theorie zu s.2(1)(a): Hat der Beklagte Ehebruch begangen, kann der Kläger das Zusammenleben aus jedem anderen substantiierten Grund unerträglich finden. Das werden in aller Regel Gründe sein, die das Zusammenleben auch objektiv unzumutbar im Sinne von s.2(1)(b) machen. Diese Öffnung des Ehebruchstatbestands in Richtung auf die Fehlverhaltens-Generalklausel entzieht der Unterscheidung zwischen s.3(3) und s.3(4) die Grundlage, da s.3(3) - wie aufgezeigt wurde -⁽¹⁾ einen Zusammenhang zwischen Ehebruch und Unerträglichkeitsempfindung voraussetzt⁽²⁾.

Aufgehoben wird die Unterscheidung der Rechtsfolgen der Sechsmonatsfrist schließlich durch die direkte Anwendung der Generalklausel auf Ehebruchsfälle. Sofern der Kläger behauptet, der Beklagte habe sich in einer Weise verhalten, daß vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, mit diesem zusammenzuleben, kann er seine Klage nach herrschender Meinung im Schrifttum auch noch nach Ablauf der Sechsmonatsfrist auf den Ehebruch stützen⁽³⁾. Eine Mindermeinung macht Zweifel geltend, ob die Gerichte eine dergestalt Umgehung von s.3(3)(b) zulassen werden⁽⁴⁾.

Die Frage ist von der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden; es ist jedoch kaum anzunehmen, daß sich die Rechtsprechung in ihrer Entwicklung auf einen

(1) siehe S. 291

(2) Tolstoy, S. 54 FN 35; vgl. S. 110; Barton, aaO. S. 350

(3) Rayden, S. 207; Tolstoy, S. 54; Levin, aaO. S.641; wohl auch Passingham, aaO. para. 18, S. 8

(4) Barton, aaO. S. 352; Freeman, aaO. S. 189; vgl. Bromley, aaO. S. 210 FN 5; siehe auch oben S. 98 ff.

generalklauselartigen Fehlverhaltenstatbestand in s.2(1)(b) durch die Aussöhnungsvorschrift der s.3(3)(b) aufhalten läßt. Diese Annahme wird durch die extensive Auslegung des Ehebruchstatbestandes durch die Rechtsprechung bekräftigt, wie sie in der Independenz-Theorie zum Ausdruck kommt, und ist folgerichtig in Anbetracht der Tatsache, daß die Rechtsprechung Verhalten, das ein tatbestandliches Minus zum Ehebruch darstellt, als Zerrüttungstatbestand unter s.2(1)(b) anerkennt⁽¹⁾.

(1) vgl. S. 100

ccc) Fristüberschreitung in den Fällen von s.2(1)(c), (d)
und (e) des Gesetzes

Die Unstimmigkeiten, die sich aus der Unterscheidung unterschiedlicher Rechtsfolgen der Aussöhnungsfrist je nach Eheverfehlung ergeben, setzen sich fort in s.3(5). Wird die Klage auf die Zerrüttungstatbestände s.2(1)(c)(d) oder (e) gestützt, also auf Getrenntleben von zwei oder fünf Jahren, dann ermöglicht s.3(5) Ausnahmen von der Regel, daß mehrere Getrenntlebenszeiträume nicht zusammengezählt werden dürfen, um die gesetzliche Mindestdauer zu erfüllen⁽¹⁾. Positiv formuliert ermöglicht s.3(5) den Ehegatten die Wiederaufnahme des Zusammenlebens einmal oder mehrmals bis zu insgesamt sechs Monaten, ohne daß davon das 'factum deserendi' oder 'separationis' berührt wird⁽²⁾. Die Gesamtdauer von der Trennung bis zur Klageerhebung verlängert sich allerdings um den Zeitraum des Zusammenlebens⁽³⁾.

Dauert das Zusammenleben länger als sechs Monate, beginnt die Frist bei erneuter Trennung erneut zu laufen, das heißt, das Scheidungsrecht ist verwirkt, ohne daß, wie in s.3(4) i.V. mit s.2(1)(b), eine Ermessensentscheidung des Gerichts bzw. eine Umstellung des Klageantrages dem abhelfen könnte⁽⁴⁾.

In den Fällen der böswilligen Verlassung, s.2(1)(e), ergab sich ein zusätzliches Problem aus der Frage, ob der Tatbestand nicht dadurch vernichtet wird, daß sich die Ehegatten während der Aussöhnungsfrist darauf einigen,

(1) Bromley, aaO. S.215; siehe S. 39: inhaltliche Wiedergabe

(2) Freeman, aaO.

(3) siehe oben S. 159, 167

(4) Das ist möglich in s.3(3) i.V.m.s.2(1)(a);
siehe oben S. 295

wieder auseinanderzugehen. Einverständliche Trennung schließt den Tatbestand aus⁽¹⁾. Stirling J. räumte in Morgan v. Morgan diese Gefährdung der Aussöhnung beiseite, indem er feststellte, daß es die Absicht von s.3 sei, Aussöhnung leichter und nicht schwerer zu machen: wenn nicht ausdrücklich auf die bisher angewachsenen Rechte verzichtet werden sollte, würde eine Trennungsvereinbarung im Rahmen von s.3(5) prima facie als Wiederaufnahme des früheren Desertions-Zustandes angesehen werden müssen⁽²⁾.

e) Zusammenfassung und Kritik

Gerade bei den eigentlichen Zerrüttungstatbeständen sind Aussöhnungsversuche am ehesten mit dem Verlust des Scheidungsrechts bedroht. Das ist umso weniger verständlich, als nach zwei oder weniger Jahren Getrenntleben die Aussöhnungsaussichten noch günstig beurteilt werden müssen, insbesondere, da das Verhältnis der Gatten mit Ausnahme der 'desertion' nicht durch tatbestandsmäßige Eheverfehlungen belastet ist. Im Falle des fünfjährigen Getrenntlebens scheint die Sechsmonatsfrist für einen erfolgversprechenden Aussöhnungsversuch sehr kurz zu sein - zumal wenn es sich dabei um einen wiederholten Anlauf handelt. Die sicherlich geringen Hoffnungen auf eine Aussöhnung sollten nicht noch zusätzlich dadurch belastet werden, daß ein ungenauer Blick auf den Kalender den Zerrüttungstatbestand auswischen kann. Diese Kritik muß in gemilderter Form für die Sechsmonatsfrist insgesamt gelten.

(1) siehe S. 161

(2) (1973) 117 Sol.J.223

Sie ist sicherlich ein gewaltiger Fortschritt gegenüber dem alten Recht⁽¹⁾, reflektiert aber trotzdem noch immer eine unzutreffende Konzeption ehetherapeutischer Prozesse⁽²⁾. Der Anwalt, der einen entsprechenden Hinweis gibt, und sein Mandant müssen - zumal im Wiederholungsfall - bei einem Aussöhnungsversuch ständig ein Auge auf dem Kalender behalten⁽³⁾. Soll ein Counsellor eingeschaltet werden, verkürzt sich der zur Verfügung stehende Zeitraum durch die Terminknappheit der Beratungsdienste noch mehr. Nach wenigen Counselling-Interviews muß dann der Versuch bereits abgebrochen werden, ohne daß eine Therapie überhaupt zur Anwendung kommen, geschweige denn Erfolg haben konnte.

Es darf andererseits nicht übersehen werden, daß der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit zeitliche Beschränkungen der Aussöhnungs- oder Abkühlungsperioden aufrechterhalten mußte, die auch nicht zu weit bemessen werden durften, da sonst die Kasuistik der Zerrüttungstatbestände ad absurdum geführt würde. Hierbei zeigen sich deutlich die Nachteile eines Scheidungsrechts, das den Richter im Regelfalle nicht die tatsächliche Situation der einzelnen Ehe untersuchen, sondern deren endgültige Zerrüttung aufgrund von bestimmten Verhaltensmustern und Zeitabläufen vermuten läßt. Der Gesetzgeber wollte außerdem die Versachlichung des Verfahrens durch pauschale voraussehbare Fristenregelungen fördern in bewußter Abkehr von der früheren Konzeption der Verzeihung⁽⁴⁾ mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen der 'forgiveness' und des 'reinstatement': die

{1} vgl. Motsch, aaO. S.353

{2} Griew, aaO. S.314;

{3} Griew, aaO.

{4} 'condonation'

Eheverfehlung mußte vergeben und der schuldige Ehegatte - um zur Verdeutlichung einen deutschen prozeßrechtlichen Begriff zu verwenden - in den vorigen Stand wiedereingesetzt sein, sollte die Scheidungsschranke der Verzeihung wirksam werden⁽¹⁾. Es ist offensichtlich, daß dieses Prinzip der Aussöhnung zuwiderläuft⁽²⁾ und die Abschaffung dieser 'Obskuritäten' wurde daher allgemein begrüßt⁽³⁾. Mit diesem Scheidungshindernisgrund wurde jedoch auch jener Ermessensspielraum abgeschafft, der es dem Gericht ermöglicht hatte, auch nach mehr als sechs Monaten des Zusammenlebens noch immer keine Verzeihung anzunehmen und die Scheidung zuzulassen.

Die Fristenlösung des Scheidungsreformgesetzes bringt mit ihrer grundsätzlichen Klarheit und Einfachheit der Handhabung somit in Einzelfällen eine Schlechterstellung gegenüber dem früheren Recht mit sich, die der Aussöhnung nicht dienlich ist⁽⁴⁾. Da es jedoch auch nicht um die Wiedereinführung reiner Ermessensregelungen gehen kann, die auf jeden Fall einen Rückschlag für die Konzeption der Aussöhnung bedeuten würde, verdient der Vorschlag Griews Beachtung, zwar von strengen zeitlichen Begrenzungen auszugehen, aber bei Scheidungsklagen nach s.2(1)(a) und (b) dann Ausnahmen zuzulassen, wenn der Kläger mit dem Beklagten zusammengelebt und dabei bona fide Unterstützung durch einen Counsellor gesucht oder gefunden hat⁽⁵⁾. Die Aussöhnungsperiode würde mit der Anmeldung bei einer Eheberatungsstelle beginnen und solange dauern, wie der eine oder der andere Ehegatte die Tätigkeit des Counsellors

{1} Tolstoy, S. 363; Griew, aaO. S. 298 ff

{2} Puxon, aaO. S. 139; Siehe bereits Morton Commission, Cmnd. 9678, para. 238, S. 70

{3} Levin, aaO. S. 640; Freeman, aaO. S. 199

{4} siehe Levin, aaO. S. 640, 641; Freeman, aaO. S. 199, 200 und die dort angegebenen Beispiele; vgl. Puxon, aaO.

{5} Griew, aaO. S. 314

von oder im Hinblick auf eine Aussöhnung oder aus sonstigen Gründen - ohne Rechtsverlust möglich ist, einen wichtigen und erfolversprechenden⁽¹⁾ Schritt in Richtung auf ein eheerhaltendes Scheidungsrecht getan hat.

(1) Freeman, aaO. S. 199; Ebenfalls zustimmend Lasok, aaO. S. 472, dem die Bestimmungen in s.3(3)(4)(5) allerdings nicht weit genug gehen. Er schlägt für die klageweise Geltendmachung einer Eheverfehlung eine absolute Ausschlussfrist von bis zu 5 Jahren nach der Begehung vor.

Sechster Teil: INTERESSENAUSGLEICH IM FALLE DER END-
GÜLTIGEN ZERRÜTTUNG

A) Zusammenhang zwischen Interessenausgleich und
Zerrüttungsprinzip

Dritter Schwerpunkt des Scheidungsreformgesetzes sind die Bestimmungen, die einen gerechten Ausgleich der Interessen und Belange der von der endgültigen Zerrüttung Betroffenen anstreben⁽¹⁾. Wenn es trotz Wahrnehmung aller Aussöhnungsmöglichkeiten, die das Gesetz zur Verfügung stellt, doch dazu kommt, daß die Ehe 'tot' ist, dann ist es die Aufgabe des Richters, eine gütliche und gerechte Auseinandersetzung herbeizuführen, die die Grundlage für zukünftige harmonische Beziehungen zwischen den Parteien und ihren Kindern ist⁽²⁾, in Härtefällen aber auch zur Aufrechterhaltung dieser 'toten' Ehe führen kann⁽³⁾. Kernpunkt der Auseinandersetzung sind die wirtschaftlichen Interessen der Betroffenen; es kommen jedoch auch immaterielle Güter in Betracht, die mangels hinreichender Quantifizierbarkeit Gesetzgeber und Gerichte naturgemäß vor die schwierigste Aufgabe im Rahmen einer Abwägung stellen.

Die Wahrnehmung und Ausgleichung der Interessen der Ehegatten und Kinder nach der Scheidung ist grundsätzlich Aufgabe des Scheidungsfolgenrechtes, das im wesentlichen im Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 geregelt und gleichzeitig mit dem materiellen Scheidungsrecht in

- (1) Inhaltliche Wiedergabe dieser Bestimmungen: oben S.40 ff.
- (2) Law Commission, Cmd. 3123, para. 17, S. 11
- (3) s.4 DRA 1969; siehe oben S. 40 f.

Kraft getreten ist⁽¹⁾.

Das Zerrüttungsprinzip, das zur Eheauflösung aufgrund objektiver Kriterien ohne Schuldfeststellung führt, hat die bisherigen Grundlagen für Folgeregelungen verändert und die Voraussetzungen für einen gerechten Interessenausgleich bei einem Minimum an Bitterkeit und Demütigung geschaffen⁽²⁾.

Die künftige wirtschaftliche Stellung der Betroffenen und ihre Beziehungen zueinander sind daher ein Prüfstein für den Wert des dem Scheidungsrecht zugrundeliegenden Prinzips. Dieser Zusammenhang macht es notwendig, in die Untersuchung des Zerrüttungsprinzips im englischen Scheidungsrecht dessen Auswirkungen auf das Scheidungsfolgenrecht einzubeziehen, auch wenn es sich formell gesehen um verschiedene Regelungsbereiche handelt⁽³⁾.

Über diesen grundsätzlichen Zusammenhang hinaus hat der englische Gesetzgeber den Scheidungsausspruch in mehrfacher Hinsicht ausdrücklich von der Wahrnehmung der Interessen der Betroffenen abhängig gemacht. Von der Mitwirkung beim Zustandekommen von Folgevereinbarungen bis hin zur Verweigerung des Scheidungsausspruches haben die Gerichte Handhaben erhalten, die Folgen der Ehescheidung von Amtswegen oder auf Antrag bereits im eigentlichen Scheidungsverfahren zu berücksichtigen. Diese Bestimmungen des Scheidungsrechts im weiteren Sinne dienen daher als Korrektiv des abstrakten

(1) c.45, abgekürzt MPPA 1970, in Kraft seit 1.1.1971
Die hier einschlägigen Bestimmungen in Teil I des Gesetzes sind als Teil II in den Matrimonial Causes Act 1973 aufgenommen worden. Zum MPPA 1970 siehe Tolstoy, S. 128 ff. und Seidl, aaO. S. 36 ff, 120 ff.

(2) vgl. Law Commission, aaO.

(3) Der englische Gesetzgeber hat das materielle Scheidungsrecht und das Scheidungsfolgenrecht zwar in selbständigen Gesetzen geregelt, diese Trennung jedoch des inneren Zusammenhanges wegen mehrfach durchbrochen.
Die formale Trennung ist auch im Matrimonial Causes Act 1973 beibehalten worden.

Zerrüttungsprinzips, um dessen Auswirkungen den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles anzupassen. Die daraus resultierende Bedingtheit der Zerrüttungsscheidung erfordert wesensgemäß gleichfalls eine Erörterung im Rahmen der Untersuchung zum Zerrüttungsprinzip, da sie dessen Geltung in Frage stellt⁽¹⁾.

(1) vgl. oben S. 40, 46

B) Potentielle Einflußmöglichkeit und Gefährdung des
Zerrüttungsgrundsatzes im Scheidungsfolgenrecht
- Die Ausgangslage -

In den Bestimmungen zum Interessenausgleich nach Eintritt der endgültigen Zerrüttung manifestiert sich die Anerkennung der Interdependenz von materiellem Scheidungsrecht und Scheidungsfolgenrecht und somit der Notwendigkeit übergreifender Regelungen durch den Gesetzgeber. Die Beantwortung der hier interessierenden Frage nach den Konsequenzen für das Zerrüttungsprinzip muß - wie aufgezeigt wurde- unter zwei Hauptgesichtspunkten erfolgen:

Welches ist der Einfluß des Zerrüttungsprinzips auf die Regelung der Scheidungsfolgen? Und: inwieweit können die zu erwartenden Folgen einer Ehescheidung zur Einschränkung des Zerrüttungsprinzips führen?

I. Die Bedeutung schuldhafter Eheverfehlungen für den
Interessenausgleich

Kernpunkt der ersten Frage ist die Bedeutung schuldhaften ehelichen Fehlverhaltens für die Beurteilung der Scheidungsfolgen.

1.) Eheverfehlung und Scheidungsurteil

Das Scheidungsurteil enthält im Regelfall außer der Angabe des Zerrüttungstatbestandes oder der -tatbestände aus s.2(1) in Verbindung mit s.1 des Scheidungsreformgesetzes, aufgrund deren der Klage stattgegeben wurde, nur die notwendigsten Tatsachenfeststellungen⁽¹⁾.

Eine Schuldfeststellung trifft der Richter nicht mehr und selbst die Ursächlichkeit des als Klagegrund genannten Verhaltens nach s.2(1)(a)(b) oder (c) für die endgültige Zerrüttung

(1) vgl. Rule v. Rule (1971) 3 ALLER 1368; Brown, Rule 55 and the Facts Relied On, (1971) 121 NLJ 1150, 1151; siehe auch den Bericht der Law Commission, No. 51, Cmnd. 5167, Appendix, para. 1, S. 4, 5

unter Umständen sogar für die Scheidung - wird weder festgestellt noch kann sie unterstellt werden⁽¹⁾. Es ist durchaus möglich, daß eine Scheidungsklage zwar auf Ehebruch und böswillige Verlassung gestützt wird, aber zu einem Urteil aufgrund von s.2(1)(d) führt, da der Beklagte noch vor Schluß der mündlichen Verhandlung seine Einwilligung erklärt⁽²⁾. Das Urteil wird keine Feststellungen hinsichtlich der erstgenannten Zerrüttungstatbestände enthalten und mit der Einwilligungsscheidung keinerlei Aufschluß über die Ursächlichkeiten geben. Mit anderen Worten: dieses Urteil gibt nicht einmal die Zerrüttungstatbestände wieder, die eigentlich für die Scheidung ursächlich gewesen sind. Das Scheidungsurteil ist daher mit den Worten von Rayden "häufig ein ungenügender Wegweiser zu den eigentlichen Tatsachen der Ehesituation und gibt - für sich allein genommen - nur zu leicht ein irreales Bild von den Beziehungen zwischen den Ehegatten und daher ihres jeweiligen Verhaltens"⁽³⁾.

Aus der Sicht des Zerrüttungsprinzips handelt es sich um den Idealfall, daß auch nicht der Schimmer eines 'Stigmas' an den Ehegatten haften bleibt, wie es nach der Rechtsprechung noch immer zumindest der Ehebruchsscheidung eigen sein soll⁽⁴⁾. Das Urteil soll ja lediglich und hinreichend die Bescheinigung über den Tod der Ehe sein, nichts weiter⁽⁵⁾. Unter diesen Voraussetzungen erscheint es ausgeschlossen, daß schuldhaftes Fehlverhalten die Erhebung und Regelung der Scheidungsfolgen beeinflussen kann: im vom Zerrüttungsprinzip geprägten Verfahren sollte kein Raum für moralische Wertungen sein.

(1) vgl. oben S.67 ff.

(2) Beispiel nach Law Commission, No.51 Cmd. 5167, aa0, S.4

(3) Rayden aa0, S.311, Suppl. S.28. para.29

(4) Collins v. Collins (1972) 2 ALLER 661 CA; vgl. oben S.95 f.

(5) Putting Asunder beschreibt dieses ideale Scheidungsurteil folgendermaßen: "... a decree should never be made in favour of either of the parties, but should be in effect a death certificate on the marriage in question." :para.100 (i), S.77

2. 'Conduct' als Entscheidungskriterium

Dennoch enthalten die einschlägigen Vorschriften in s.4 und 6 des Scheidungsreformgesetzes sowie s.5 MPPA 1970⁽¹⁾ den Begriff des 'conduct', des ehelichen Fehlverhaltens, als einen der Faktoren, die der Richter bei der Beurteilung der Härtefolgen der Scheidung und der Entscheidung über die finanziellen Folgen berücksichtigen muß. Wird dieser Faktor in das Verfahren eingeführt, dann sind alle Errungenschaften des Zerrüttungsprinzips in Frage gestellt und die Parteien

- (1) s.5(1) MPPA 1970 - seit 1.1.74 s.25(1) des Matrimonial Causes Act 1973 - enthält eine beispielhafte Aufzählung der Kriterien, die das Gericht bei der Entscheidung über den Unterhalt in Betracht zu ziehen hat: Alle Umstände des Falles, einschließlich (a) des Einkommens, der Erwerbsfähigkeit und des Vermögens beider Ehegatten, (b) des gegenwärtigen oder zukünftigen finanziellen Bedarfs, der Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten, (c) des Lebensstandards der Familie vor dem Zusammenbruch der Ehe (d) des Alters der Gatten und der Dauer der Ehe, (e) jeder körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung der Ehegatten, (f) des Beitrags eines jeden Gatten für das Wohlergehen der Familie einschließlich des Beitrags in Gestalt von Hausarbeit, (g) den Wert eines jeden Vorteils (z.B. einer Pension), dessen Erwerbssaussicht ein Partner durch die Auflösung der Ehe verliert. - vgl. Seidl, aaO. S. 39 - Dieser Katalog, der auf eine lange Tradition in der Rechtsprechung zurückblickt, (Wood v. Wood (1891) P 272) und weitgehend mit dem in s.6 DRA 1969 enthaltenen übereinstimmt - siehe oben S.41f- wird ergänzt durch die Bestimmung, daß das Ermessen des Gerichts so auszuüben ist, daß die Ehegatten, soweit es möglich und unter Berücksichtigung ihres Verhaltens gerecht ist, in die finanzielle Position versetzt werden, in der sie sich befunden hätten, wenn die Ehe nicht gescheitert wäre, und jeder der Gatten seine Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten gegenüber dem anderen richtig erfüllt hätte. Mortlock hält es für die wichtigste Errungenschaft gegenüber dem früheren Recht, daß 'conduct' nunmehr nur noch am Ende der Liste erscheint (aaO. S.73). Deech (aaO. S.743) und Cretney (Financial Provision - The New Case Law, (1972) 122 NLJ 24) weisen dieses Argument jedoch zutreffend als vordergründig zurück, da schon die grammatikalische Auslegung zur Gleichwertigkeit der Faktoren führt.

kämpfen wieder wie in den Zeiten des Schuldprinzips um die Zuerkennung des Prädikats 'unschuldig', um der "Bestrafung durch den Geldbeutel" zu entgehen⁽¹⁾. Der Widerspruch zum Zerrüttungsgrundsatz ist eklatant, "a clash in philosophies has become apparent"⁽²⁾. "Just as in the last century, before the matrimonial offence was questioned as the basis of divorce jurisdiction, conduct remains of major concern"⁽³⁾.

Mortlock sagt zur Beibehaltung des Faktors 'conduct': "We retain old and ancestral associations and all that goes with them. It would be hard to show that these advance respect for our modern idea of marriage"⁽⁴⁾.

Wenn das Gericht das Fehlverhalten der Parteien, das zur Zerrüttung führte, berücksichtigen muß, dann muß sich die Grundannahme der Scheidungsreformär, daß mit dem Scheidungsreformgesetz Ehen ruhig und ohne wechselseitige Anschuldigungen enden, als falsch erweisen, befürchtet Lasok⁽⁵⁾.

Lasok übersieht dabei freilich, daß diese Grundannahme nur für das öffentliche Verfahren um die Scheidung als solche galt. Die Frage der Schuld sollte nicht mehr für den Scheidungsausspruch, wohl aber für die Regelung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und ihrer Beziehungen zu den Kindern der Ehe von Bedeutung sein⁽⁶⁾. Law Commission und erzbischöfliche Studiengruppe waren sich darin einig, daß die Heranziehung des Schuldkriteriums für die Regelung der Scheidungsfolgen unumgänglich sei. Die Zumessung des Unterhaltes sollte allerdings nicht mehr von der förmlichen Einstufung im Scheidungsurteil als schuldig oder unschuldig abhängig gemacht werden, sondern dem relativen Anteil beider Ehegatten an der Verantwortlichkeit für die endgültige Zerrüttung entsprechen⁽⁷⁾. Der Richter bzw. zuständige Gerichts-

(1) Deech, aaO, (1972) 122 NLJ 743; vgl. Samuels, Financial Provision - The New Law, (1972) 122 NLJ 864

(2) Deech, aaO, vgl. Barton, aaO.S.355; Passingham, aaO, para.62, S.25; Levin, aaO, S.643; Kritik bei: Cretney, The Maintenance Quagmire, (1970) 33 MLR 662; Mortlock, S.83; Samuels, aaO,

(3) Earnshaw and Pace, Conduct and Financial Provision, (1971) 121 NLJ 856

(4) aaO, S.85

(5) Lasok, aaO, S.472

(6) Law Commission, Cmd. 3123, para.27, S. 16

(7) Law Commission, aaO.; Putting Asunder, para.91, S.72; App.C, para.32, S.128

beamte⁽¹⁾ sollte im Anschlußverfahren wegen Unterhalts eine Ermessensentscheidung anhand der Faktoren Bedürftigkeit, vorhandene Mittel und Verhalten der Ehegatten während der Ehe treffen⁽²⁾. Das für den letzteren Faktor erforderliche Werturteil wurde bejaht und "a truer assessment of relative blame than under the present system" von der Law Commission ausdrücklich als erstrebenswertes Ziel für die Anschlußverfahren an das Scheidungsurteil herausgestellt⁽³⁾. Angesichts dieser Überzeugung von der Notwendigkeit des Faktors 'conduct' war dessen Aufnahme in den gemeinsamen Gesetzesvorschlag der beiden Kommissionen nur folgerichtig⁽⁴⁾. Die Beibehaltung des Schuld faktors wurde im Schrifttum fast einhellig kritisch aufgenommen⁽⁵⁾. Die von den beiden Kommissionen als Fortschritt befürwortete Verlagerung der Untersuchung von ehelichem Fehlverhalten und Verantwortlichkeit für die Zerrüttung der Ehe in die Anschlußverfahren für Unterhalt und Sorgerecht bedeutet nichts anderes, als daß das Schuldprinzip nach wie vor die Entscheidung über die beiden Fragen bestimmt, die für die Ehegatten außer der Scheidung selbst von vitalem Interesse sind⁽⁶⁾. "It is in chambers⁽⁷⁾, therefore, rather than in court, that counter-allegations and recrimination may well be heard in future"⁽⁸⁾. Diese Befürchtung Bromleys trifft für den Fall entsprechenden Vorbringens zu s.4 oder 6 des Scheidungsreformgesetzes auch für das Hauptverfahren zu.

- (1) Registrar des County Court. In den sogenannten Ancillary Proceedings entscheidet der Registrar, es sei denn, das Verhalten der Parteien ist streitig und von ausschlaggebender Bedeutung für die Entscheidung: (Rules 78, 79, 80 - The Matrimonial Causes Rules 1973)
- (2) Putting Asunder, App. C, aaO.
- (3) aaO.
- (4) Law Commission, No. 15, Appendix III, para. 7, S. 31
- (5) siehe oben S.308 und Zusammenstellung in FN 2
- (6) vgl. Bromley, aaO. S. 218; siehe auch Puxon, S. 239, 240; Morris, aaO. S. 156; Pässingham, aaO. para. 73, S. 29
- (7) d.h. in nichtöffentlicher Verhandlung vor dem Richter bzw. üblicherweise Registrar; siehe S.329 FN 1
- (8) Bromley, aaO.

3. Fortgeltung früherer Grundsätze

Nach fast einhelliger Meinung im Schrifttum sind somit wegen der mangelnden Prinzipientreue des Gesetzgebers alle Voraussetzungen dafür gegeben, daß die von der Einführung des Zerrüttungsprinzips erwartete Befreiung des Scheidungsverfahrens von Anschuldigungen, subjektiven Erwägungen und moralischen Wertungen in der Rechtspraxis im Wege der Auseinandersetzung um die Scheidungsfolgen aufgegeben werden und die Reform letztlich ergebnislos verlaufen würde⁽¹⁾. "The seeds of prolonged litigation are in this section and it may prove to be self-defeating"⁽²⁾. Diese Annahme wird bekräftigt durch die Erläuterungen von Tolstoy zum Begriff des 'conduct', wonach die früheren Präjudizien und ihre verfahrensrechtlichen Entsprechungen unverändert fortgelten sollen⁽³⁾. Nach der bisherigen Praxis kann bereits der Richter im Hauptverfahren im Hinblick auf das spätere Unterhaltsverfahren seine Meinung über das Verhalten der Parteien vor und während der Ehe äußern und, wenn das Urteil zugunsten beider Gatten ergeht, angeben, welche Partei das überwiegende Verschulden am Zusammenbruch der Ehe trägt⁽⁴⁾. Da der 'Tenor' des Scheidungsurteils keinen Aufschluß über das Verschulden gibt⁽⁵⁾, muß der Registrar im Unterhaltsverfahren alle zugänglichen Beweismittel, einschließlich der Kurzschriftaufzeichnungen des Richters, berücksichtigen⁽⁶⁾.

Die Rechtskraft des Scheidungsurteils steht dem nicht entgegen⁽⁷⁾. Die Rechtsprechung⁽⁸⁾ hatte den Bereich dessen, was von der Rechtskraft umfaßt wird, sehr eng gezogen, um den

- (1) vgl. Waters, aaO. Divorce Reform Act 1969, (1970) 114 Sol.J.746
- (2) Waters, aaO.
- (3) Tolstoy, S. 142-144
- (4) aaO. S. 143; vgl. Seidl, aaO. S. 40
- (5) siehe oben S. 305 f.
- (6) Tolstoy, aaO.
- (7) also kein 'estoppel per rem judicatam'; vgl. Rayden, S. 311 und Suppl.S. 28,29; siehe auch Blumenwitz, aaO. S. 29
- (8) insbesondere die neueren Grundsatzentscheidungen des Court of Appeal Porter v. Porter (1969) 3 AllER 640; (1969) 1 WLR 1155, Tumath v. Tumath (1970) P.78; (1970) 1 AllER 111; (1970) 2 WLR 169, denen Ormrod J. in Porter v. Porter (1971) P 282; (1971) 3 WLR 73; (1971) 2 AllER 1037 gefolgt ist (am 7.5.71, also nach Inkrafttreten der Reformgesetze)

Parteien die Führung eines unstreitigen Scheidungsprozesses zu erleichtern und dem Schuldprinzip dadurch zwei der am wenigsten erwünschten Wirkungen zu nehmen: der Beklagte sollte nicht dem Zwang zum Bestreiten ausgesetzt sein, lediglich um seine finanziellen Interessen zu schützen, und der Unterhalt sollte im Unterliegensfalle - der überwiegenden Mehrzahl der Fälle - nicht auf einen Schuldspruch gestützt sein, der nur entfernt der Wahrheit entsprach⁽¹⁾. Nach den Worten von Salmon LJ. in *Tumath v. Tumath* präjudiziert ein Unterlassen oder Absehen vom Bestreiten oder der Geltendmachung von Hinderungsgründen im Hauptverfahren die Aussichten des betreffenden Ehegatten im Anschlußverfahren wegen Unterhalts oder um das Sorgerecht für die Kinder nicht⁽²⁾. Anschuldigungen, die im Scheidungsprozeß nicht vorgebracht oder nachgewiesen worden sind, können daher noch im Anschlußverfahren geltend gemacht werden⁽³⁾. Die Präklusionswirkung des Scheidungsurteils umfaßt lediglich die Tatsachenfeststellungen des Gerichts und den Rechtsgrund des Urteils. War das Urteil also auf Ehebruch gestützt, darf diese Feststellung nicht mehr angegriffen werden; die Parteien sind aber frei, jede andere Anschuldigung wegen Fehlverhaltens im Verfahren über die Scheidungsfolgen zu erheben⁽⁴⁾.

4. Zusammenfassung

In Anbetracht des Gesetzeswortlauts⁽⁵⁾, der Präjudizien⁽⁶⁾ und der im Schrifttum vertretenen Auffassung muß die Rechtslage beim Inkrafttreten der Reformgesetze für das Recht der Scheidung und ihrer Folgen zusammenfassend dahingehend charakterisiert werden, daß es von größter Bedeutung ist, zwischen einem unschuldigen und einem Ehegatten zu unterscheiden, der

(1) siehe zu diesen Gesichtspunkten Law Commission, Cmnd. 3123, para. 27, S. 17

(2) (1970) P.78; (1970) 1 ALLER 111; (1970) 2 WLR 169 CA

(3) Seidl, aaO. S. 40; Puxon, aaO. S. 240

(4) Tolstoy, S. 144

(5) ss. 4,6 DRA 1969; s.5 MPPA 1970

(6) Nachweise bei Tolstoy, S. 142-144

selbst einen Scheidungsgrund⁽¹⁾ verwirklicht hat⁽²⁾.

Auf die grundsätzliche Unvereinbarkeit mit dem Zerrüttungsprinzip ist vorstehend wiederholt hingewiesen worden: sie ist evident⁽³⁾. Dennoch ist bislang der wichtigste Gesichtspunkt der Gesetzesreform außer acht gelassen worden: die Gestaltungskraft des Zerrüttungsprinzips als gesetzgeberische Grundsatzentscheidung⁽⁴⁾.

In einem Scheidungsrecht, welches das Schuldprinzip ausdrücklich abgeschafft und durch den Grundsatz der objektiven Zerrüttung ersetzt hat, sind die Gerichte keineswegs verpflichtet, dem Kriterium des schuldhaften Fehlverhaltens tatsächlich diese entscheidende Bedeutung einzuräumen, die der Gesetzeswortlaut freilich durch die Verwendung der früheren Rechtsbegriffe nahelegt und das Schrifttum häufig unterstellt. Vom Reformbewußtsein der Rechtsprechung hängt es daher ab, ob das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht in der Rechtswirklichkeit vom objektiven Zerrüttungsgrundsatz beherrscht und dem Schuldgedanken die darin einzig vertretbare Funktion zugewiesen wird, nämlich die, das Ansehen des Rechts und den Rechtsfrieden in den Ausnahmefällen einseitigen extremen Rechtsbruches zu sichern⁽⁵⁾.

II. Einschränkungen und Durchbrechungen des Zerrüttungsprinzips im Rahmen des Interessenausgleichs

Im vorangegangenen Abschnitt ist aufgezeigt worden, daß der Gesetzgeber die Berücksichtigung des Verschuldens bei der Ausgleichung der Interessen der Scheidungsbetroffenen für

(1) d.h. Eheverfehlungstatbestand im Sinne von s.2(1)(a)-(c)

(2) Seidl, aaO. S. 39

(3) siehe oben S. 307 f., 310 f.

(4) siehe oben S. 85 ff.

(5) vgl. die Betonung dieser Gesichtspunkte in Putting Asunder, para. 66, S. 52, 53; Law Commission, aaO. para. 118 No. 3, S. 53; Zur Aufgabe der Rechtsprechung Passingham: "Amongst the points which the court is required to consider is the conduct of the parties, thus in effect introducing the question of offences into the trial of a case, a practice which in general the Act is intended to avoid. It remains to be seen what weight will be given to this factor": aaO. para. 62 (2) S. 25

unverzichtbar gehalten und die daraus resultierende Gefährdung des Zerrüttungsprinzips in Kauf genommen hat. Die Geltung des Grundsatzes, daß zur leeren Rechtsform gewordene Ehen im öffentlichen Interesse aufzulösen sind, unterliegt darüber hinaus unmittelbarer Beschränkungen materieller und formeller Art zugunsten der Wahrnehmung der besagten Interessen: Das Scheidungsreformgesetz enthält in s.4 und 6 Schutzbestimmungen für den Beklagten, der Matrimonial Proceedings and Property Act in s.17 zugunsten der Kinder, die unter bestimmten Voraussetzungen die vorläufige oder dauernde Aufrechterhaltung der Ehe trotz endgültiger Zerrüttung vorsehen⁽¹⁾.

1. Aufschub des Scheidungsurteils⁽²⁾

Gemäss s.17 MPPA wird das Gericht das vorläufige Scheidungsurteil von Amts wegen solange nicht für endgültig erklären, wie die Interessen der Kinder der Familie nicht zufriedenstellend gesichert sind⁽³⁾. In gleicher Weise - allerdings nur auf Antrag - wird durch s.6 des Scheidungsreformgesetzes die finanzielle Stellung des in den Getrenntlebenstatbeständen s.2(1)(d) und (e) präsumtiv schuldlos geschiedenen Beklagten geschützt⁽⁴⁾. Die Weitergeltung des Verschuldensdenkens im Bereich der Scheidungsfolgen zeigt sich einmal mehr in der Unterscheidung zwischen Beklagten, die wegen Ehebruchs, böswilliger Verlassung oder ehewidrigen Verhaltens im Sinne von s.2(1)(b) geschieden werden und solchen, bei denen s.2(1)(d) oder (e) den Klagegrund abgab⁽⁵⁾. Obwohl keinesfalls feststeht, daß erstere die Schuld und letztere keine Schuld an der Zerrüttung tragen, räumt das

(1) siehe oben S. 302 ff.

(2) s.6 DRA 1969, s. 17 MPPA 1970

(3) Umfang und Ausgestaltung dieser Schutzvorschrift sind bereits an anderer Stelle aufgezeigt worden.

Siehe oben S.42 ff. Hinsichtlich des MCA 1973 siehe S. 350

(4) Inhaltliche Wiedergabe von s.6: siehe oben S. 41 f.

(5) vgl. oben S.219 f.; Bekelaar, aaO. S. 249

Gesetz nur letzteren das Recht ein, die Endgültigkeit des Scheidungsurteils solange hinauszuschieben, bis die eigenen finanziellen Interessen zufriedenstellend gewahrt sind. Wenn mit s.6 die Scheidung auch nicht endgültig verhindert werden kann⁽¹⁾ - das kann auch garnicht im Interesse eines Beklagten liegen, der in die Scheidung ausdrücklich eingewilligt hat, und für s.2(1)(e) gilt eine zusätzliche Regelung⁽²⁾ - so wird doch die Möglichkeit der Wiederheirat als wichtigste Scheidungsfolge für den Kläger zum Verhandlungsobjekt der Parteien⁽³⁾. Abgesehen von der darin liegenden Einschränkung des Zerrüttungsgrundsatzes ist ein besonderer Schutz des Beklagten bei der Einwilligungsscheidung sachlich ungerechtfertigt, da dieser bereits die Einwilligung von finanziellen Zugeständnissen des Klägers abhängig machen kann⁽⁴⁾. Die offensichtliche Gefahr des Mißbrauchs, die bei der Einwilligung unbeachtet geblieben ist⁽⁵⁾, wurde vom Gesetzgeber bei s.6 erkannt⁽⁶⁾. Demzufolge kann das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen⁽⁷⁾ die Scheidung für endgültig erklären, obwohl der Kläger die von ihm erwarteten finanziellen Vorkehrungen für den Beklagten (noch) nicht getroffen hat⁽⁸⁾. Diese Klausel und die Überprüfbarkeit der Berufung des Beklagten auf s.6 an sich dürften zugleich die Gefahr verringern, daß Ehen, die der endgültigen Zerrüttung wegen zu scheiden waren, aus finanziellen Gründen dem Bande nach

(1) Levin, aaO. S. 645; Freeman, aaO. S. 202; Bromley, aaO. S. 217

(2) s.4 DRA 1969, siehe S. 317 ff.

(3) vgl. oben S.205 f.

(4) Freeman, aaO.; Bromley, aaO. S. 217; Passingham, aaO. para.68, S. 27; Den Schutz des Beklagten vor Irreführung über Umstände, die die Einwilligung beeinflusst haben, gewährleistet s.5 DRA 1969 - siehe oben S. 37 und S. 200 f.

(5) siehe oben S.205 ff.

(6) Bromley, aaO. S. 216

(7) siehe oben S.36 FN 3

(8) vgl. Bromley, aaO.; Barton, aaO. S. 354 FN 16

für längere Zeit aufrechterhalten werden, sofern die Gerichte den Vorrang des Zerrüttungsprinzips auch auf diesem Gebiet anerkennen.

Die Gefahr wird weiter durch die bereits genannte Tatsache vermindert, daß s.6 bei Einwilligungsscheidungen nur selten zur Anwendung kommen dürfte⁽¹⁾.

Anträge auf finanziellen Schutz gemäß s.6 kommen eher bei Scheidungen nach fünfjährigem Getrenntleben in Betracht⁽²⁾, in denen der Beklagte der Scheidung selbst nicht widersprechen will und Verhandlungen der Parteien vor dem Urteil nicht notwendigerweise stattgefunden haben müssen. Der Einwand der Beeinträchtigung des Zerrüttungsprinzips muß auch hier gelten, sofern die Gerichte einen langfristigen Aufschub der Einwilligkeit der Scheidung zulassen sollten. Schließlich erhebt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer solchen Regelung, die es den Parteien trotz fünf dafür zur Verfügung stehenden Jahren erlaubt, eine Einigung über die Folgen der Scheidung erst nach dem Urteil oder überhaupt nur durch gerichtlichen Zwang zu erreichen. Der Zweck der Scheidungsrechtsreform, zukünftige harmonische Beziehungen zwischen den Parteien und ihren Kindern herbeizuführen⁽³⁾, dürfte eher erreicht werden, wenn eine Einigung über Unterhalt und Sorgerecht bereits bei Klageerhebung vorliegen oder spätestens in der mündlichen Verhandlung erzielt werden müßte⁽⁴⁾. Dafür sprechen auch Gründe der Prozeßökonomie, da die Gerichte häufig die Scheidungsfolgen im Hauptverfahren schon aufgrund von Anträgen aufgrund von s.4 DRA 1969 erheben müssen⁽⁵⁾. Wenn die Berufung auf s.4 nicht zum Erfolg führt, wird der Beklagte regelmäßig im Anschlußverfahren um Schutz gemäß s.6 nachsuchen⁽⁶⁾.

(1) siehe oben S.314 ;Schrifttum in FN4

(2) Levin,aaO.; Passingham aaO,

(3) Law Commission,aaO, para.17,S.11

(4) vgl. Wortlock,S.26; die Unterscheidung zwischen'decree nisi' und'absolute'wäre dann hinfällig. Siehe auch Brown, Grave Financial or Other Hardship,(1971) 121 NLJ 516

(5) siehe oben S.40 f. und 224ff,sowie unten S.317 ff.

(6) vgl. Eekelaar,aaO. S.247, 248

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß s.6 eine potentielle Einschränkung des Zerrüttungsprinzips bedeutet⁽¹⁾. Die tatsächliche Wirkung der Bestimmung in dieser Hinsicht hängt von der Bereitschaft der Gerichte ab, das im öffentlichen Interesse gefällte Scheidungsurteil dem Beklagten als Druckmittel zur Durchsetzung finanzieller Interessen unter Außerachtlassung der Ratio des Gesetzes zu überlassen. Unter Berufung auf die Scheidungsstatistiken muß dem eine Einschränkung hinzugefügt werden: Was auch immer das Ergebnis der nachfolgenden Auswertung der Rechtssprechung sein mag: in der Scheidungswirklichkeit spielt s.6 eine bescheidene Rolle. Bei einer Gesamtzahl von 45.968 Scheidungen aufgrund von s.2(1)(d) und (e) im Jahre 1971 wurden nur 1.268 Anträge aufgrund von s.6 gestellt⁽²⁾. Die entsprechenden Zahlen für 1972 lauten: 39.457 Scheidungen und 2.369 Anträge⁽³⁾. Das Ansteigen der Zahl der Anträge trotz rückläufiger Scheidungsziffer könnte als Hinweis auf eine beklagtenfreundliche Praxis der Gerichte gedeutet werden, dürfte in Wirklichkeit aber wohl eher auf die wachsende Vertrautheit der Anwälte mit dem Instrumentarium des Gesetzes und den Rückgang der Scheidungen nach s.2(1)(e) um über 10.000⁽⁴⁾ unter gleichzeitiger Steigerung der Einwilligungscheidungen um über 4.000 zurückzuführen sein.

- (1) Section 17 MPPA 1970 kann im folgenden unbeachtet bleiben, da hiermit höherrangige Interessen am Scheidungsprozeß nicht unmittelbar Beteiligten von Amtswegen berücksichtigt werden, deren Wahrung nicht wesentlich vom Parteivorbringen oder vom Parteiverhalten abhängt. Für Einzelheiten siehe Eekelaar, aaO, S. 262 ff; Saunders, Children and Divorce, (1971) 1 Fam. Law 19.
- (2) Civil Judicial Statistics 1971, Cmd. 4982, Tafel 10, S. 54 und 62.
- (3) Civil Judicial Statistics 1972, Cmd. 5333, Tafel 10, S. 48 und 56.
- (4) siehe oben S. 163, 228.

2. Materielle und immaterielle Härteklausel⁽¹⁾

Die bisherige Untersuchung des englischen Ehescheidungsrechts hat deutlich gemacht, daß der in s.1 des Scheidungsreformgesetzes proklamierte Zerrüttungsgrundsatz zahlreichen Einschränkungen materieller und formeller Art unterliegt: eine abschließende Aufzählung bestimmter Ehesituationen führt zur gesetzlichen Vermutung der endgültigen Zerrüttung, die Untersuchung der Ehe auf ihren tatsächlichen, objektiven Zustand ist auf Ausnahmefälle begrenzt. Eheverfehlungen indizieren die endgültige Zerrüttung, Verschulden spielt im Scheidungsverfahren wie in den Anschlußverfahren eine wichtige Rolle. Innerhalb von drei Jahren nach der Eheschließung können Ehen trotz endgültiger Zerrüttung nur in äußersten Ausnahmefällen geschieden werden. Die Endgültigkeit des Urteils hängt schließlich von der Sicherstellung der Belange der Kinder und - bei der Getrenntlebensscheidung - den wirtschaftlichen Interessen des Beklagten ab⁽²⁾. In all diesen Fällen bleibt jedoch der Grundsatz gewahrt, daß endgültig zerrüttete Ehen im öffentlichen Interesse zu scheiden sind. Die einzige Ausnahme von dieser Regel enthält s.4 des Scheidungsreformgesetzes⁽³⁾. In den Fällen, in denen die Klage auf fünfjähriges Getrenntleben gestützt wird, hielt der Gesetzgeber eine Durchbrechung des Zerrüttungsgrundsatzes aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit für unerläßlich. Die im Gesetzentwurf vorgeschlagene allgemeine Härteklausel für alle Scheidungstatbestände ist damit auf den Tatbestand beschränkt worden, in dem die Scheidung ohne Zutun und u.U. gegen den Willen des Beklagten erfolgt⁽⁴⁾.

(1) s.4 DRA 1969; hinsichtlich des MCA 1973 siehe S. 350

(2) vgl. Passingham, aaO. para. 110, S. 42, 43, der die Meinung vertritt, daß das Scheidungsreformgesetz aus diesen Gründen seinen Zweck nicht erreichen kann.

(3) inhaltliche Wiedergabe oben S. 40 f.

(4) Passingham, aaO. para. 60, S. 25

Die der gesetzgeberischen Entscheidung zugrundeliegende Güter- und Interessenabwägung ist im Zusammenhang mit dem Zerrüttungstatbestand eingehend untersucht worden⁽¹⁾.

a) Das Ermessen des Gerichts

Als Gegengewicht zur 'Verstoßungsscheidung' ist dem Beklagten ein Widerspruchsrecht⁽²⁾ eingeräumt worden, das durch das Erfordernis der schweren finanziellen oder sonstigen Härte qualifiziert ist⁽³⁾. Liegen diese Voraussetzungen vor und die Auflösung der Ehe wäre zudem unter Würdigung aller Umstände 'wrong', dann ist das Gericht verpflichtet, die Scheidung zu verweigern. Insoweit handelt es sich um eine Mußbestimmung⁽⁴⁾. Gleichwohl hat das Gericht einen weiten Ermessensspielraum bei der Bestimmung der schweren Härte: Über den Hinweis auf den Verlust von Vorteilen, die der Beklagte bei Fortbestehen der Ehe hätte erwerben können⁽⁵⁾, also Erb-, Pensions-, Versicherungsansprüche⁽⁶⁾, hinaus hat das Gesetz keine Definition der Härte gegeben, obwohl außer Vertretern des Schrifttums gerade auch die Law Commission die Notwendigkeit klarer Ermessensrichtlinien aufgezeigt hatte⁽⁷⁾. Der Ermessensspielraum wird noch erweitert durch die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe "sonstige Härte" und "wrong", die Ehe aufzulösen. 'Schwere' Härte und 'wrong' implizieren ein moralisches Werturteil⁽⁸⁾. Nach Ansicht von Bromley ist die Verwendung des Wortes 'wrong' in diesem Zusammenhang obskur und mehrdeutig und wahrscheinlich nur dazu da, dem Gericht einen Ermessensspielraum einzuräumen⁽⁹⁾.

(1) siehe oben S.219 ff.; vgl. auch S.209 ff.

(2) Seidl,aaO, S.34;

(3) vgl. Puxon,aaO, S.137

(4) Levin aaO, S.641,642; Rayden,aaO, S.277

(5) S. 4(3) DRA 1969

(6) Levin,aaO, S.642; Tolstoy,aaO, S.103; Bromley,aaO,S.216; Freeman,aaO, S.200

(7) Law Commission,Cmnd.3123,para.115, S.51; siehe oben S.223

(8) Brown,aaO, (1971) 121 NLJ 516; Levin,aaO, S.643, Waters,aaO (1970)114 Sol.J. 745

(9) Bromley,aaO, S.215; vgl. oben S. 40 FN 1

Unter 'wrong' kann der Beklagte Anschuldigungen aller Art vorbringen und sich sogar auf 'collusion', 'connivance' und 'condonation' berufen, die früheren Scheidungshinderungsgründe, die mit dem Scheidungsreformgesetz eigens abgeschafft werden sollten⁽¹⁾. "This is perhaps one of the most obscure provisions of the statute book"⁽²⁾. Ebenso ist es schwer, sich ein Bild davon zu machen, was sich der Verfasser des Gesetzes unter 'sonstiger Härte' vorgestellt hat, sagt Passingham und äußert die Vermutung, daß diese Worte vielleicht eingefügt worden sind, um einen unvorhergesehenen Zufall abzudecken, den der Verfasser selbst nicht definieren konnte⁽³⁾.

Die beiden offensichtlichsten Möglichkeiten sind verletzte Gefühle und Gewissensvorbehalte⁽⁴⁾. Es ist in gewissem Sinne zweifellos eine Härte, wenn ein Ehegatte, dessen Verhalten beispielhaft war, in jeder Hinsicht vom Partner im Stich gelassen wird und dieser dann die von ihm selbst begangene böswillige Verlassung ausnützt, um ein Rechtsband loszuwerden, das ihm lästig geworden ist⁽⁵⁾. Wenn diese Art von Härte allerdings als Grund für die Verweigerung der Scheidung anerkannt wird, bedeutet das in Wirklichkeit die Wiedereinführung der Eheverfehlungs doktrin in Fällen unter s.2(1)(e)⁽⁶⁾. Bei Gewissensskrupeln scheint die Lage einfacher zu sein, da es ja schließlich der andere Gatte ist, der die Scheidung verlangt und damit die Sünde begeht⁽⁷⁾.

(1) Waters, Divorce Reform Act 1969 II, (1970) 114 Sol.J. 746

(2) Annesley, Five Years' Separation, (1973) 117 Sol.J. 405

(3) Passingham, aaO. para. 62, S. 25, 26

(4) Barton, Questions on the Divorce Reform Act 1969, (1970) 86 LQR 355; Levin, aaO. S. 643; Bromley, aaO. S. 216

(5) Barton, aaO.

(6) Barton, aaO. S. 201; Ebenso Levin, aaO. S. 542

(7) Barton, aaO.; Freeman, aaO. S. 201; vgl. oben S. 211

Mit Bromley dürfte daher der restriktiven Auslegung der Vorzug zu geben und der eigentliche Schwerpunkt von s.4 auf dem Gebiet der materiellen d.h. finanziellen Härten zu sehen sein, die die Scheidung nach sich zieht⁽¹⁾. Da auch die finanzielle Härte eine schwere sein muß, ist anzunehmen, daß darunter mehr als nur gerade Härte schlechthin⁽²⁾ und mehr als die unvermeidlichen Härtefolgen zu verstehen ist, die die Zerrüttung einer jeden Ehe nach sich zieht, zumal wenn sie über viele Jahre hinweg Bestand hatte⁽³⁾.

Ein weiterer Unsicherheitsfaktor liegt in den Umständen des Falles, die das Gericht bei der Untersuchung der Härte in Betracht ziehen muß. Berücksichtigt das Gericht das Verhalten nicht ohnehin unter den Stichworten 'sonstige Härte' oder 'wrong', so muß es dies trotzdem in allen Fällen, in denen sich der Beklagte auf die Härteklausel beruft, deshalb tun, weil das Verhalten der Ehegatten einer der beispielhaft aufgezählten Umstände des Falles ist⁽⁴⁾. Die damit verbundene Gefahr der Wiedereinführung der Eheverfehlungs-doktrin in den Tatbestand, der das Zerrüttungsprinzip am ehesten verwirklicht, ist bereits an anderer Stelle wiederholt aufgezeigt worden⁽⁵⁾. Die Härteklausel könnte sich in der Rechtsprechung zum Widerspruchsrecht des schuldlosen Ehegatten entwickeln, insbesondere der unschuldigen Ehefrau⁽⁶⁾. "This section amounts to the 'innocent' wife's safeguard and the outrageous husband's downfall"⁽⁷⁾.

(1) Bromley, aaO; ebenso Passingham, aaO.; Barton, aaO, S.354; vgl. Giesen, aaO, Fam RZ 1972, 53

(2) Tolstoy, aaO.; Freeman, aaO,

(3) Freeman, aaO, S.201; Passingham, aaO, para.62, S.25; Brown, aaO, S.517; Levin, aaO, S.643

(4) s.4(2); siehe oben S.307ff,

(5) Eekelaar, aaO.; Levin, aaO, S.246; siehe S.226, 227

(6) vgl. Holden, aaO, S.70

(7) Freeman, aaO, S.200

b) Ermessensschränken

Trotz des weiten Ermessensspielraums der Gerichte, der von der Verwendung mehrerer unbestimmter Rechtsbegriffe herrührt, wäre es unrichtig zu behaupten, daß der Scheidungsausspruch als solcher in den Fällen der s.2(1)(e) DRA 1969 in das Ermessen der Gerichte gestellt sei⁽¹⁾. Auch wenn auf präzise Ermessensleitlinien - nach Ansicht von Levin wohl aus politischen Gründen - verzichtet werden mußte⁽²⁾, so folgen aus Zweck, Systematik und Wortlaut des Gesetzes doch wiederum auch Schranken, die den Gerichten eine restriktive Anwendungspraxis bei der Härteklauseel nahelegen können.

Dem Grundsatz nach sind endgültig zerrüttete Ehen zu scheiden und zwar im Falle von s.2(1)(e) grundsätzlich ohne Beachtung von Verfehlens- oder Verschuldensfragen. Als Härteklauseel ist s.4 wesensmäßig eine Ausnahmebestimmung, um der speziellen Interessenlage im Einzelfall gerecht zu werden⁽³⁾. Die Härte muß schwerer sein, als bei Scheidungen ohnehin unausweichlich ist, und sie muß ausdrücklich von der Scheidung selbst und nicht schon von Getrenntleben, außerehelichem Verhältnis und endgültiger Zerrüttung herrühren⁽⁴⁾. Diese Auslegung kann sich auch auf Feststellungen der Law Commission berufen: "In most cases the hardship will already have resulted from the breakup of the home and a refusal of a divorce cannot mend this".⁽⁵⁾ In der Tat ist es äußerst schwierig, sich Umstände vorzustellen, in denen die formelle Auflösung der Ehe von Gatten, die seit mindestens 5 Jahren getrennt leben, zu einer gegenwärtigen unmittelbaren Härte für den Beklagten - üblicherweise die Ehefrau - führen kann⁽⁶⁾.

(1) vgl. oben S. 227

(2) aaO. S. 643.

(3) vgl. oben S. 227

(4) Dazu ausführlich Lasok, The Illusion of Grave Financial Hardship, (1971) 121 NLJ 1005; vgl. Levin, aaO. S.641, 642; Brown, aaO. S. 517; siehe auch Rayden, S. 277 f.

(5) Cmd. 3123, para. 40, S. 21

(6) Annesley, aaO. (1973) 117 Sol. J. 404

Selbst wenn die schwere Härte tatsächlich gegeben ist, liegt eine weitere Hürde darin, daß die Scheidung dem Gericht unter allen Umständen als 'wrong' - nicht rechtens - erscheinen muß. Das irgendwie zweifelhafte Interesse - auch der unschuldigen Ehefrau - an der Aufrechterhaltung der leeren Rechtsform wird im allgemeinen von den Interessen des anderen Partners und der Betroffenen aus dessen außerehelicher Verbindung aufgewogen werden⁽¹⁾.

Es kann daher der Meinung von Seidl nicht gefolgt werden, daß das gesetzliche Widerspruchsrecht in der Praxis eine Vorrangstellung der Verpflichtungen aus der bestehenden Ehe gegenüber dem Wiederverheiratungswunsch des Klägers herbeiführe, die diesem das Eingehen neuer Verpflichtungen nur dann erlaube, wenn er imstande ist, seine vorrangigen ersten zu erfüllen⁽²⁾. Gegen diese Auffassung spricht die Summe der gesetzlichen Härtekriterien wie auch die von der Law Commission getroffene Wertentscheidung: Wenn schon auf eine Härteklauseel nicht verzichtet werden konnte, dann sollte sie wenigstens selten zur Anwendung kommen⁽³⁾: "It is offensive to decency and derogatory to respect for family ties to preserve the legal shell of a dead marriage for purely monetary considerations"⁽⁴⁾. Die Würde der Familie und das herrschende Eheideal lassen eine extensive Auslegung der Härteklauseel nicht zu. Diese Auffassung steht darüber hinaus auch in Einklang mit der Rechtsprechung in Commonwealth Ländern, die zum Teil schon seit Jahrzehnten zu äquivalenten Gesetzesbestimmungen ergangen ist. Sowohl in Neuseeland und Australien, als auch seit Juli 1968 in Kanada enthalten die Scheidungsgesetze aus Furcht vor dem Aufkommen eines "Sodom und Gomorrha"⁽⁵⁾

(1) Puxon, aaO. S. 137

(2) aaO. S. 34 unter Bezugnahme auf Motsch, aaO. S. 354

(3) Law Commission, aaO. para. 40, S. 21

(4) Law Commission, aaO.; Davis v. Davis (1966) Times 17.3.; Einschränkend jedoch Law Commission, aaO. para. 118, S. 52: "While to refuse a divorce on this ground might be said to be discriminating against the poor, it may be argued that on marriage the petitioner has undertaken an obligation to support his wife - at least while she is innocent of any matrimonial offence - and should not be allowed to acquire other obligations which disable him from fulfilling his prior one."

(5) Finlay, Family Law in Australia, S. 279

und zum Schutz der "schuldlosen Ehefrau exemplarischen Charakters"⁽¹⁾ Ermessensklauseln, die den Gerichten die Verweigerung des Scheidungsurteils ermöglichen⁽²⁾. Die Rechtsprechung hat in allen drei Ländern zu einer restriktiven Auslegung gefunden, die religiöse Gründe und die Furcht vor dem 'Stigma' der Scheidung nicht gelten und wirtschaftliche Interessen des beklagten Ehegatten nur in äußersten Ausnahmefällen genügen läßt⁽³⁾. Die herrschende Meinung in Australien hält den Ehegatten, der an der zerrütteten Ehe festhalten will, für schuldig wegen 'anti-sozialen Verhaltens'⁽⁴⁾. Ganz unstreitig genießt das öffentliche Interesse an der Auflösung der leeren Rechtsform und der Einräumung einer Wiederverheiratungschance einen fast uneingeschränkten Vorrang vor dem Interesse des einzelnen Gatten an der Aufrechterhaltung der Ehe - eingeschränkt im wesentlichen nur in den äußersten Ausnahmefällen schwerer finanzieller Nachteile für ältere und berufstätige Ehefrauen ohne Wiederverheiratungsaussichten, denen Versorgungsansprüche verloren gehen würden, ohne daß ein auch nur einigermaßen angemessener finanzieller Ausgleich geboten werden kann. Kennzeichnend für die Haltung der Gerichte ist der kanadische Fall Williams v. Williams⁽⁵⁾, in dem der klagende Ehemann außerstande war, die bisherige und die erhoffte neue Familie zugleich zu unterhalten. Der Richter sprach die Scheidung aus und erklärte: "Having regard to contemporary mores and the apparent social philosophy which underlies the present Divorce Act, I think this divorce

(1) Holden, aaO.

(2) Neuseeland: Matrimonial Causes Amendment Act (1963) NZ ss.29, 30, in der Fassung des Matrimonial Proceedings Amendment Act 1968

Australien: s.37 Matrimonial Causes Act 1959

Kanada: s.9(1) Divorce Act

(3) siehe dazu Turner, aaO. S.919 ff.; Holden, aaO. S.70 ff.; Deech, aaO. (1972) 35 MLR 122 ff.; Levin, aaO.; Freeman, aaO. S. 200, 201

(4) Turner, aaO. S. 912

(5) (1970) 11 DLR (3rd) 326

ought to be granted. The petitioner has the legal and moral right to a second chance of marital happiness"⁽¹⁾.

Die heutigen gesellschaftlichen Anschauungen vom Wesen und dem Inhalt der Ehe⁽²⁾ sind in dieser Entscheidung nicht nur Auslegungshilfen, sondern haben bereits zur Umkehrung des bisher gültigen Vorrangverhältnisses geführt: das gesetzliche und moralische Recht des Scheidungsklägers auf eine glückliche zweite (oder weitere) Ehe geht grundsätzlich Verpflichtungen aus der bestehenden Ehe vor. Sollten die englischen Gerichte dieser Auffassung folgen, wäre die Härteklausel als Scheidungsschranke obsolet.

c) Soziale Effektivität

Unter den genannten Voraussetzungen einer restriktiven Anwendungspraxis stellt sich die Frage nach der potentiellen sozialen Effektivität der Härteklausel in der Scheidungswirklichkeit. Mit den Worten von Puxon liegt der hauptsächliche Nutzen der Härteklausel in ihrer Nutzbarmachung als wirksame Waffe zur Sicherung der wirtschaftlichen Verhältnisse der ersten Frau und Familie⁽³⁾.

Schon die erzbischöfliche Studiengruppe und die Law Commission hatten das Bedürfnis nach Einführung einer Härteklausel weniger mit der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Ehe aus finanziellen oder moralischen Gründen, als vielmehr mit dem Wunsch nach einem zusätzlichen Schutz der unschul-

(1) zitiert bei Deech, aaO. S. 125

(2) siehe dazu eingangs S. 15 ff.

(3) aaO., S. 137; Ebenso Brown, aaO. (1971) 121 NLJ 517

digen Ehefrau vor nachteiligen Folgen im Falle der Scheidung begründet⁽¹⁾. Mit Hilfe der Härteklause! kann das Gericht den Kläger indirekt dazu zwingen, finanzielle Vorkehrungen zu treffen, die es selbst aufgrund der ihm eingeräumten Befugnisse im Scheidungsfolgenrecht nicht anordnen könnte⁽²⁾. Mit anderen Worten: die Existenz der Härteklause! als solche soll die sozial erwünschte Wirkung erzielen, nicht ihre Anwendung.

Der Wirksamkeit der Härteklause! als Instrument zur Regelung der sozialen und wirtschaftlichen Folgen der Scheidung sind jedoch Grenzen gezogen, die durch die Realität der sozialen und wirtschaftlichen Lebensverhältnisse vorgegeben sind. Das Gericht kann nur dann mit s.4 Druck auf den Kläger ausüben, wenn dieser die Mittel hat, die finanzielle Kompensation an den Beklagten zu leisten. Da sich nur der Wohlhabende zwei Familien leisten kann und weniger Begüterten die Scheidung verweigert werden müßte, läuft die Härteklause! Gefahr, zu einem Instrument der Klassendiskriminierung und der Ungleichbehandlung von Mann und Frau zu werden⁽³⁾. Wenn die Gerichte die Entstehung verschiedenen Rechts für Arme und Reiche verhindern wollen, werden sie sich nach den finanziellen Möglichkeiten der überwiegenden Mehrheit derer richten müssen, die nicht gleichzeitig zwei Haushalte unterhalten oder entgangene Pensionsrechte voll entschädigen können⁽⁴⁾. Eekelaar hält es durchaus für möglich, daß unter diesen Umständen die Scheidung in der Praxis eher im Fall eines Armen als eines Reichen verweigert wird⁽⁵⁾. Dies

(1) Law Commission, aaO. para. 40, S. 21; Putting Asunder, para. 64, S. 47, para. 65, S. 51

(2) Eekelaar, aaO. S. 249

(3) Law Commission, aaO., vgl. S. 322 FN 4; Freeman, aaO. S. 200; Rheinstein, Marriage Stability, S. 344 vgl. Puxon, aaO. S. 137; Barton, aaO. S. 354, 355; Eekelaar, aaO. S. 249; Mortlock, aaO. S. 79, 80; Passingham, aaO. (1969) 66 Gaz. 42

(4) Aufschlußreich sind die Untersuchungen über Unterhaltsleistungen, die im Bericht des Graham Hall Committee, Cmd. 3587, aus dem Jahre 1969 enthalten sind. Siehe auch McGregor, Blom-Cooper and Gibson, Separated Spouses, S. 26 f.; Mortlock, aaO. S. 78; vgl. Waters, aaO. S. 745; Jackson, The New Matrimonial Law, (1971) 1 Fam. Law 62

(5) Eekelaar, aaO. S. 249

sei jedoch kein Mangel des Rechts, das die Parteien nehmen müsse, wie es sie vorfindet: "It is not only in the practice of consecutive polygamy that the rich are in a better position than the poor!"⁽¹⁾

Selbst wenn man Eekelaar's Ansicht folgen wollte, führt kein Weg an der Erfahrungstatsache vorbei, daß durch das zwangsweise Festhalten des sogenannten armen Ehemannes an der bestehenden Ehe wirtschaftlich für diese Familie nichts gewonnen ist: gleichgültig, ob die Wiederverheiratung erlaubt wird oder die neue Verbindung ungesetzlich bleibt, werden die Frau und die Kinder, die mit dem Ehemann tatsächlich zusammenleben, immer näher an der Lohntüte sein und damit vorab befriedigt werden⁽²⁾. Eine wirkungsvolle Methode zur Unterhaltssicherung der erstberechtigten Familie ist bisher (auch) in England nicht entwickelt worden⁽³⁾.

Wenn aber das Gericht auch durch die Aufrechterhaltung der Ehe für die Interessen der Betroffenen nichts erreichen kann, dann verliert die Härteklausel ihre soziale Berechtigung. An diesen sozialen und ökonomischen Realitäten werden die Gerichte nicht vorbeigehen können. Auch dann, wenn objektiv eine schwere Härte vorliegt, wird es in diesen Fällen 'wrong' sein können, die Ehe ~~n i c h t~~ aufzulösen. Das Gesetz selbst macht die schwere Härte als solche nicht zum bestimmenden Faktor und gibt den Gerichten damit den notwendigen Ermessensspielraum für eine sachgerechte Entscheidung nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles.

(1) Eekelaar, aaO.

(2) Stone, aaO. S. 384; Morris, aaO. S. 178; vgl. oben S. 209

(3) Stone, aaO. S. 385

d) Zusammenfassung

Der Erwartungsstand im Schrifttum bei Inkrafttreten des Scheidungsreformgesetzes läßt sich abschließend folgendermaßen umschreiben: Auch wenn die Entscheidungspraxis in Einzelfällen erhebliche Unterschiede hervorbringen würde⁽¹⁾, so konnte nach überwiegender Meinung erwartet werden, daß die Gerichte nur wenige Scheidungen aufgrund der Härteklausel verweigern würden⁽²⁾. "It seems that unless the courts are prepared to act in a repressive manner, s.4 of the Act of 1969 is purely decorative, and devoid of power when confronted with the policy underlying the Act."⁽³⁾ Eine 'repressive' Auslegungspraxis würde ihrerseits einen kaum denkbaren Bruch mit der Tradition der Rechtsprechung bedeuten, die immer, wenn ihr in der Vergangenheit Ermessen zur Zurückhaltung eines Scheidungsurteils eingeräumt war, dieses zugunsten des Scheidungsklägers ausgeübt hat⁽⁴⁾.

Der Zerrüttungsgrundsatz in s.1 des Scheidungsreformgesetzes legitimiert diese Stellungnahme gegen die Aufrechterhaltung der zerrütteten Ehe von Seiten des Gesetzgebers. Welche Entwicklung die Rechtsprechung zu den Vorschriften des Interessenausgleiches, also insbesondere zu ss.4 und 6 des Scheidungsreformgesetzes sowie s.5 des Gesetzes von 1970 nehmen wird, hängt daher entscheidend von der Bereitschaft der Gerichte ab, dem Zerrüttungsprinzip bei der Berücksichtigung des Schuld faktors und der Anwendung der Härteklausel Geltung zu verschaffen. Die Beantwortung dieser Frage wird dann zugleich Aufschluß darüber geben, wieweit die Scheidungsrechtsreform zu einer sozial wirksamen Veränderung der Scheidungswirklichkeit geführt hat.

(1) Das befürchtet Eekelaar, aaO.S. 246

(2) Puxon; aaO.; Brown, aaO. S. 518; Freeman, aaO. S. 202; Waters, aaO.

(3) Lasok, aaO. S. 1006

(4) Puxon, aaO. S. 138

C) Das Zerrüttungsprinzip in der Rechtsprechung zum
Interessenausgleich

I. Statistische Relevanz

Angesichts der vorstehend dargestellten, zahlreichen Unklarheiten der gesetzlichen Regelungen zum Interessenausgleich zwischen den von der endgültigen Zerrüttung der Ehe Betroffenen kann es nicht überraschen, daß die dabei angesprochenen Fragen bereits zu einer umfangreichen Rechtsprechung geführt haben. Dabei sollte allerdings nicht übersehen werden, daß im Verhältnis zur Gesamtzahl der Scheidungen gesehen streitige Auseinandersetzungen auch auf diesem Gebiet heute zahlenmäßig nur eine geringe Rolle spielen⁽¹⁾. Über die Zahl der aufgrund von s.4 DRA 1969 verweigerten Scheidungen gibt es keine veröffentlichten Statistiken. Bei einer Gesamtzahl von 2.970 streitigen Scheidungen bei 19.270 Scheidungen aufgrund von s.2(1)(e) im Jahre 1972 kann aber kaum von einer hohen Zahl an Härteeinreden ausgegangen werden⁽²⁾. Diese Annahme wird durch die Tatsache bestätigt, daß 1972 lediglich 2.369 Anträge nach s.6 DRA 1969 gestellt worden sind, die ja außer in den Scheidungen nach s.2(1)(e) auch in den 20.187 Fällen nach s.2(1)(d) zulässig sind⁽³⁾. Mit diesen statistischen Angaben kann andererseits aber auch nur ein sehr ungenaues Bild der Rechtswirklichkeit gezeichnet werden. Diese Wirklichkeit spielt sich heute angesichts 97%

{1} vgl. oben S. 72 FN 2

{2} vgl. oben S. 228 f.

{3} Civil Judicial Statistics 1972, Cmd. 5333, S. 48, 56; siehe oben S. 163

unstreitiger Scheidungen in den nicht öffentlichen Verhandlungen⁽¹⁾ vor dem Registrar ab. Der Präsident der Family Division kennzeichnet die tatsächliche Entwicklung folgendermaßen: Ein Gesetz könne natürlich die menschliche Natur nicht gänzlich ändern und die Streitereien seien daher geblieben. Aber sie seien nunmehr Auseinandersetzungen in 'chambers' über das Geld, die Kinder und das Verhalten der Parteien, sofern es relevant ist. Zweifellos sei der Scheidung aber einiges von der Verbitterung und öffentlichen Erniedrigung genommen worden, die früher üblich waren⁽²⁾.

II. Überblick über den Standort der Rechtsprechung

Auch wenn die bei weitem überwiegende Zahl der Scheidungen einschließlich der Regelung ihrer Folgen heute kein Anlaß mehr für öffentliche gerichtliche Auseinandersetzungen der Parteien sind, darf nicht übersehen werden, daß diese vom Standpunkt des Zerrüttungsprinzips betrachtet erfreuliche Entwicklung das Ergebnis des gleichgerichteten Zusammenwirkens von Gesetzgeber und Rechtsprechung ist. Gerade auf dem Gebiet des Interessenausgleichs mußte es sich zeigen, ob die Gerichte der gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung zugunsten des Zerrüttungsprinzips auch in ihren jeweiligen Konsequenzen im Einzelfall zum Durchbruch verhelfen würden oder ob s.1 DRA 1969 im tatsächlichen Bereich des Scheidungsvorganges auf einen bloßen Programmsatz ohne gestaltende Wirkung auf die Rechtswirklichkeit reduziert werden würde.

(1) 'in chambers' - 'in camera', vgl. S. 309

(2) Baker P., The View from the Family Division, (1972) 69 Gaz. 5; Eine fast wörtlich übereinstimmende Bilanz der ersten Erfahrungen mit dem Scheidungsreformgesetz zieht Mortimer, der Vorsitzende der erzbischöflichen Studiengruppe: Divorce and the Church, (1972) 2 Fam.Law 191; ebenso Bissett-Johnson, aaO. (1973) 3 Fam.Law 10 sowie vorausschauend bereits Bromley, Family Law, S.218; siehe oben S. 309

In diesem Zusammenhang sind daher die entscheidenden Weichenstellungen für das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht erfolgt: Seit *Wachtel v. Wachtel*⁽¹⁾ und *Trippas v. Trippas*⁽²⁾, Entscheidungen des Court of Appeal, die zu s.5 MPPA ergangen sind, steht fest, daß die Gesetze von 1969 und 1970 Reformgesetze sind, die das gesamte Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht 'revolutioniert' und auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt haben.⁽³⁾ Diese Grundlage ist das Zerrüttungsprinzip, das besagt, daß endgültig zerrüttete Ehen im öffentlichen Interesse und ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden zu scheiden sind. Härten können nur unter außergewöhnlichen Umständen und daher nur in seltenen Fällen eine Durchbrechung dieses Grundsatzes rechtfertigen.

Für die Ausgleichung der wirtschaftlichen Interessen der Ehegatten muß sich das Gericht im Regelfall vielmehr drei Fragen vorlegen:

Was wäre die finanzielle Position des jeweiligen Ehegatten, wenn die Zerrüttung nicht eingetreten wäre? Inwieweit ist es praktisch durchführbar, die Parteien in diese Position zu versetzen? Inwieweit ist es gerecht, das zu tun?⁽⁴⁾ Unter diesem letzteren Gesichtspunkt kann eheliches Fehlverhalten eine Rolle spielen, jedoch ist das in der Praxis nur in äußersten Ausnahmefällen der Fall⁽⁵⁾. Der Vorrang des Zerrüttungsgedankens wird also grundsätzlich weder durch Gerechtigkeits- noch durch Schuld-/ Straferwägungen beeinträchtigt. Wie im einzelnen zu zeigen sein wird, sind die Gerichte vielmehr der Auffassung, daß es im öffentlichen Interesse liegt und sogar die objektiv verstandenen Interessen des Betroffenen wahrt, wenn die Ehe, die zur bloßen Rechtsform geworden ist, aufgelöst wird und die Folgen nach objektiven Kriterien geregelt werden, auch wenn sich gewisse Härten dabei nicht vermeiden lassen.

{1} {1973} Fam.72; {1973} 1 ALLER 829; {1973} 2 WLR 366

{2} {1973} 2 ALLER 4; {1973} 2 WLR 589; {1973} Fam 134

{3} Siehe oben S.59 ff, S. 63 f.

{4} Cretney, aaO, {1973} 36 MLR 654, 655

{5} Vgl. Morgan, aaO, {1973} 70 Gaz. 1608

III. Relevanz des Schuld faktors

Die Entwicklung der Rechtsprechung auf die vorgenannten Grundsätze hin ist nicht einheitlich verlaufen. Angesichts der beträchtlichen Unklarheiten des Gesetzes kann es nicht verwundern, daß dem 'conduct' der Ehegatten zunächst eine weit grössere Bedeutung beigemessen worden ist. Für einige Zeit bestand die ernste Gefahr, daß sich die Gerichte mit eben jener detaillierten Untersuchung des Verhaltens befassen würden, die für soviel Qual und Not unter dem alten Recht verantwortlich war. Der Reformzweck des Gesetzes schien frustriert zu werden⁽¹⁾.

Ormrod J. sagte in *Porter v. Porter*⁽²⁾, daß 'conduct' immer noch ein relevantes Kriterium sei⁽³⁾, das in einigen Fällen sehr wichtig sein könne. Es sei aber nur eine von mehreren gewichtigen Erwägungen. Welche Relevanz dem Verhalten der Ehegatten tatsächlich zugemessen wurde, zeigt die Entscheidung *Ackerman v. Ackerman*⁽⁴⁾, in der die Ehegeschichte von Baker P. einer peinlich genauen Untersuchung unterzogen worden war, die im Law Report zehn Seiten in Anspruch nimmt⁽⁵⁾. Der Präsident hielt es sogar für erforderlich, in einem deklaratorischen Urteil den Schuldanteil der Frau mit einem 'Discount' von 25 Prozent festzusetzen. Der Court of Appeal hat die Entscheidung insoweit aufgehoben, in der Sache selbst aber die Auffassung der ersten Instanz bestätigt⁽⁶⁾. Mit s.5 MPPA 1970

(1) vgl. Cretney, *Financial Provision: the New Law*, (1973) 117 Sol.J.347, 348

(2) (1971) 2 AllER 1037; (1971) 3 WLR 73; (1971) P. 282; Siehe auch *Pheasant v. Pheasant* aaO, siehe S. 82 FN 1

(3) Im Rahmen von s.5 MPPA 1970; Die Wertungsmaßstäbe in s.5 MPPA 1970 und s.6 DRA 1969 sind identisch: Cairns LJ. in *Lombardi v. Lombardi* (1973) 3 AllER 625; Ebenso A.V.C. und O.T.W. (1971) 121 NLJ 659: Applications under Section 6 of Divorce Reform Act

(4) (1971) 3 AllER 721; (1972) Fam 1

(5) Kritik von: Earnshaw, (1971) 121 NLJ 856; Deech, aaO, S.743; Cretney, *Financial Provision - The New Case Law*, (1972) 122 NLJ 24

(6) (1972) 2 AllER 420, (1972) Fam.225, per Phillimore LJ. und Orr LJ.

sei 'offensichtlich' beabsichtigt, das bisherige Recht und die bestehende Praxis zu kodifizieren⁽¹⁾.

Orr LJ. hielt es für zulässig und wünschenswert, daß der Richter seine allgemeine Ansicht über den relativen Grad an Schuld am Zusammenbruch der Ehe zum Ausdruck bringt⁽²⁾.

Neun Monate nach Ackermann entschied Baker P. in *Dorrell v. Dorrell*⁽³⁾ unter ausdrücklicher Bezugnahme auf s.1 DRA 1969, daß es dem ausdrücklichen Zweck des Scheidungsreformgesetzes zuwiderlaufe, würde 'conduct' im Sinne der früheren Eheverfehlung verstanden werden. Diese 'moderne' Auffassung des Präsidenten ist vom Court of Appeal im Juli 1973 ausdrücklich mißbilligt worden⁽⁴⁾: Das Gericht sei verpflichtet, Fehlverhalten, - d.h. Eheverfehlungen im alten Sinn - zu berücksichtigen, wenn sich auch der Begriff 'conduct' in s.4(2) DRA 1969 nicht auf Fehlverhalten dieser Art beschränke.

Die zeitliche Abfolge der Entscheidungen ist deshalb von besonderem Interesse, weil der Court of Appeal bereits im Februar 1973 in *Wachtel v. Wachtel*⁽⁵⁾ und *Trippas v. Trippas*⁽⁶⁾ klar gestellt hat, daß 'conduct' kaum jemals in Betracht komme⁽⁷⁾. In den meisten Fällen hätten beide Seiten zur Zerrüttung der Ehe beigetragen und in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sei es unvereinbar mit den Prinzipien der neuen Gesetzgebung und insbesondere des Scheidungsreformgesetzes, einen 'Discount' oder 'Abzug' für angenommenes Fehlverhalten oder Verschulden

- (1) per Phillimore LJ., aaO; vgl. oben S. 63
kritisch: Samuels, *Finanzial Provision - The New Law*, (1972) 122 Sol.J. 864
- (2) vgl. *Parker v. Parker* (1972) 1 AllER 410, *Cumming-Bruce J.*
- (3) (1972) 3 AllER 343; (1972) 1 WLR 108
- (4) *Brickell v. Brickell* (1974) Fam. 31 (1973) 3 AllER 508, per *Davies LJ.*
- (5) siehe S.330 FN 1
- (6) siehe S.330 FN 2
- (7) siehe auch *O'Neill*, aaO. S. 541; *Trippas v. Trippas*, aaO. per *Scarman LJ.* Nach einigen zustimmenden Entscheidungen ist die Autorität von *Wachtel v. Wachtel* in der Frage des 'conduct' seit *Rogers v. Rogers* (1974) 1 WLR 709 CA (*Davies LJ.*) neuerdings in Zweifel geraten. Die Auslegungsschwierigkeiten betreffen insbesondere die Frage, ob die Berücksichtigung des 'conduct' in 'ancillary matters', d.h. bei der Regelung der Scheidungsfolgen, immer nur auf Fälle extremen Fehlverhaltens beschränkt ist; siehe *Eekelaar*, *Effect of conduct in divorce proceedings*, (1974) 90 LQR 292

in Ansatz zu bringen⁽¹⁾. In derselben Entscheidung Wachtel hat Lord Denning gleichzeitig auch Ormrod J.'s positive Feststellung bestätigt, w a n n 'conduct' in der Entscheidung zu berücksichtigen ist: dann, aber auch nur dann nämlich, wenn es sich um offensichtliches und grobes Fehlverhalten handelt, das dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden zuwiderläuft, und der andere Ehegatte sich tadellos verhalten hat⁽²⁾. Bei der Regelung der wirtschaftlichen Folgen einer Ehescheidung sei die Auferlegung von Geldstrafen oder -bußen in aller Regel fehl am Platze. Die Tatsache, daß der Ehebruch der Frau zur Zerrüttung der Ehe geführt hat, ist für sich kein grobes Fehlverhalten⁽³⁾. Es müssen noch besondere Merkmale hinzukommen, die auf ein verwerfliches Vorgehen schliessen lassen. So wurde in Cuzner v. Underdown die geschiedene Ehefrau offensichtlichen und groben Fehlverhaltens für schuldig erklärt, da sie die volle Schuld an der Zerrüttung der Ehe treffe und ihr Antrag, dem früheren Ehemann den Verkauf des im gemeinsamen Eigentum befindlichen Hauses aufzugeben, schamlos sei⁽⁴⁾. Noch während der Mann seinerzeit die Überschreibung des Hauses auf beider Namen zu je 1/2 betrieb, hatte die Frau heimlich das ehebrecherische Verhältnis mit dem Nachbarn begonnen, das zur Zerrüttung der Ehe führte. Hätte der Mann damals davon gewußt, hätte er die Überschreibung nicht vornehmen lassen. Zum Erwerb des Hauses hatte die Frau nicht beigetragen. Unter diesen Umständen hielt das Gericht die Voraussetzungen des 'Normalfalls' laut Wachtel v. Wachtel nicht mehr für gegeben und eine Berücksichtigung des Verhaltens aus Gründen der Billigkeit und Gerechtigkeit für geboten. Der Antrag der Frau wurde abgelehnt,

- (1) Wachtel v. Wachtel, aaO., per Lord Denning MR; desgl. Ormrod J. in 1. Instanz (1973) 1 AllER 113; (1973) 2 WLR 84;
- (2) Ausdrücklich bestätigt in Harnett v. Harnett (1974) 1 WLR 219 CA, per Cairns LJ.; aber siehe Eekelaar, aaO.
- (3) Harnett v. Harnett aaO, sow. (1973) Fam. 156; (1973) 2 AllER 593 FD
- (4) Cuzner (formerly Underdown) v. Underdown (1974) 2 AllER 351; (1973) 117 Sol.J 465, per Davies LJ.

die erstinstanzlich vorgenommene Übertragung des Hälftanteils der Frau auf den Mann bestätigt.

Von derartigen krassen Ausnahmefällen abgesehen zeigt sich, daß die Gerichte heute nur noch ungern in detaillierte Untersuchungen der gegenseitigen Anschuldigungen der Parteien eintreten. Steht fest, daß aufgrund der finanziellen Verhältnisse eine Schuldfeststellung keinen praktischen Unterschied für die Entscheidung ausmachen würde, wird das Gericht nichteinmal in den aufgezeigten Ausnahmefällen eine Untersuchung vornehmen⁽¹⁾. Die Scheidungsklagen sollten daher heute garnicht erst irgendwelche Schuldbehauptungen enthalten⁽²⁾.

IV. Die Härteklausel in der Entscheidungspraxis

Durch das "Dickicht an Unbestimmtheit und Unsicherheit" der Härteklausel haben sich die Gerichte leichter "hindurchgetastet"⁽³⁾. Schon im August 1972 konnte Deech zutreffend erklären, es sei bereits klargeworden, daß ein Widerspruch aufgrund von s.4 DRA 1969 selten erfolgreich sein werde und die gerichtlichen Äußerungen dazu von richtiger Einschätzung der Realitäten zeugten, mit denen sich das Zerrüttungsprinzip im Einklang befinde⁽⁴⁾. Die Wirklichkeitsnähe der Richter hat dem realistischen Zerrüttungsprinzip zum Durchbruch verholfen. Die maßgeblichen Tatbestandsmerkmale von s.4 DRA 1969 haben ihre Auslegung auf dieser Grundlage gefunden.

- (1) Cretney, aaO. (1973) 36 MLR 655; ders., aaO. (1973) 117 Sol. J. 348; O'Brien v. O'Brien (1971) 3 ALLER 254; (1972) Fam. 20
- (2) Lord Denning (hinsichtlich Scheidungsklagen nach s.2(1)(e) DRA 1969) in Chapman v. Chapman (1972) 1 WLR 1544; (1972) 3 ALLER 1089
- (3) Annesley, aaO. S. 404
- (4) A Tide in the Affairs of Women, (1972) 122 NLJ 743

1. Schwere finanzielle Härte

Zur Beurteilung, ob die Auflösung der Ehe zu einer schweren finanziellen Härte führt, wird ein subjektiver Maßstab angelegt⁽¹⁾. Bereits infolge der Zerrüttung erlittene Härten bleiben außer Betracht⁽²⁾. Die Gerichte sind sich der Tatsache bewußt, daß es in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, in denen eine Scheidung aufgrund von s.2(1)(e) begehrt wird, notwendigerweise zu gewissen finanziellen Härten kommen muß, insbesondere dann, wenn, wie im Fall Mathias v. Mathias, keiner der Gatten wohlhabend ist, der Ehemann aber gute Zukunftsaussichten hat⁽³⁾. Die sozialen und wirtschaftlichen Realitäten machen eine Prüfung in drei Stufen erforderlich: Liegt eine schwere finanzielle Härte vor? Bestehen Kompensationsmöglichkeiten? Ist es unter all den Umständen des Falles 'wrong', die Ehe aufzulösen? Die Beweislast liegt bei demjenigen Gatten, der die Härteklausel geltendmacht, also im Normalfall bei der Ehefrau⁽⁴⁾. Es ist jedoch auch möglich, daß sich ein Ehemann auf eine schwere Härte beruft, etwa im Fall einer Körperbehinderung⁽⁵⁾.

Wann führt die Auflösung der Ehe nach fünf Jahren des Getrenntlebens zu einer schweren Härte?

- (1) Mathias v. Mathias (1972) 3 ALLER 1; (1972) 3 WLR 201 CA per Karminski LJ.; Talbot v. Talbot (1971) Times 19.10.; (1971) 121 NLJ 951; (1971) 115 Sol.J., per Dunn J.
- (2) Morgan, aaO.; Talbot v. Talbot, aaO., Cretney, Financial Provision in Practice, (1972) 122 NLJ 48
- (3) aaO., per Davies LJ. und Karminski LJ. Hier waren insbesondere seine Pensionsansprüche als Berufssoldat gemeint, sowie Erbensprüche.
- (4) Mathias v. Mathias, aaO.; Parker v. Parker, (1972) Fam. 116; (1972) 1 ALLER 410; (1972) 2 WLR 21; anderer Ansicht Motsch, aaO. S. 354, FN 31
- (5) Vickers, Hardship and how to Overcome it, (1973) 123 NLJ 240

In Mathias v. Mathias hatten die Ehegatten nur etwas mehr als zwei Jahre zusammengelebt⁽¹⁾, bevor der Mann die Ehwohnung wegen einer anderen Frau verließ, die er nun heiraten wollte. Die Frau, jetzt 32 Jahre alt, widersprach mit der Begründung, sie verlöre den laufenden Unterhaltszuschuß und ihre Altersversorgung von der Armee⁽²⁾. Außerdem begünstige das Testament ihres Schwiegervaters alle Kinder ihres Mannes. Wenn er eine neue Ehe eingehen dürfe, würde er wahrscheinlich weitere Kinder haben, mit denen ihr Kind sich in das Erbe des Großvaters teilen müsse.

Der Court of Appeal hat anerkannt, daß die Frau durch die Scheidung eine gewisse Härte erleiden würde, darüber hinaus aber alle drei vorgetragenen Argumente als unzureichend zurückgewiesen. Wegen ihrer generellen Bedeutung⁽³⁾ - vom Gesetz in s.4(3) DRA 1969 besonders hervorgehoben⁽⁴⁾ - ist die Behandlung der Pensions- bzw. Rentenfrage von besonderem Interesse: Nicht schon jeder Verlust von zukünftigen Renten- und Pensionsansprüchen als solcher rechtfertigt die Qualifizierung 'schwere Härte'. Das Gericht hat vielmehr nach subjektivem Maßstab die Umstände des jeweiligen Falles zu beachten, insbesondere die Dauer des Zusammenlebens, das Alter, die Gesundheit und Erwerbsfähigkeit der Frau, Zahl und Alter der Kinder sowie die finanzielle Kompensationsfähigkeit des Ehemannes.

Im Fall Mathias v. Mathias ist das Gericht daher zu dem Ergebnis gelangt, daß das Merkmal der Schwere nicht gegeben sei. Die Härte für die Ehefrau sei zum Teil auf ihre Weigerung zu-

{1} 1962 - 1964; siehe oben S. 335 FN 1

{2} Der Ehemann war Berufssoldat

{3} siehe dazu Morgan, aaO.; Grant, aaO. S. 784, 785; Annesley, aaO.; Vickers, aaO. S. 241

{4} s.4(3) bezeichnet ausdrücklich den Verlust der Erwerbschance jedwelchen Vorteils infolge der Scheidung als einen Fall der Härte im Sinne des Gesetzes; vgl. oben S.40 f.

rückzuführen, wenigstens einer Teilzeitbeschäftigung nachzugehen. Diese sei ihr zuzumuten, nachdem ihre Tochter bereits neun Jahre alt sei. Die Härteklausel sei vor allem zum Schutz der Ehefrau in mittleren Jahren vor dem Verlust der finanziellen Sicherheit eingeführt worden, die ihr der Fortbestand der Ehe und ihre im Falle des früheren Ablebens des Ehemannes in nicht allzu ferner Zukunft realisierbaren Versorgungsansprüche bieten würden⁽¹⁾.

Bei einer gesunden jungen Frau in den Anfangsdreißigern wie Frau Mathias waren diese Voraussetzungen nach Ansicht des Gerichts nicht gegeben, während hingegen Cumming-Bruce J. in *Parker v. Parker*⁽²⁾ folgerichtig eine schwere finanzielle Härte annehmen mußte: Frau Parker war bereits 47 Jahre alt, 22 Jahre verheiratet und würde nach weiteren fünf Jahren Ehe das Recht auf eine gesicherte Altersversorgung aufgrund der bis dahin 25-jährigen Zugehörigkeit ihres Mannes zur Polizei erhalten haben. Vorher hingen ihre Versorgungsansprüche allerdings vom Verbleib ihres Mannes im Polizeidienst ab. Obwohl die Prognosen zum Zeitpunkt der Scheidungsverhandlung noch keineswegs mit Sicherheit getroffen werden konnten, genigte dem Gericht die Wahrscheinlichkeit, daß die Frau in dreizehn Jahren - mit 60 Jahren - eine wirkliche finanzielle Härte erleiden würde, zur Bejahung der 'schweren Härte'. Trotzdem ist die Ehe geschieden worden: mit einer Versicherungspolice, deren Annuitäten durch eine Hypothek gesichert sind, konnte der Ehemann für eine ausreichende Kompensation der zu erwartenden Härte sorgen.

{1} aac., per Stephenson LJ.; vgl. S. 226

{2} (1972) Fam. 116; (1972) 1 ALLER 410; (1972) 2 WLR 21

Daran hat es wiederum in Julian v. Julian⁽¹⁾ gefehlt, der ersten Entscheidung, in der das Scheidungsurteil in einem Fall von s.2(1)(e) verweigert worden ist. Der Mann, gleichfalls Polizist, verfügte nicht über genügend Vermögen. Die schwere Härte als solche stand außer Zweifel: der Mann war 61, die Frau 58 Jahre alt, von schlechter Gesundheit und erwerbsunfähig.

Letztere Entscheidung zeigt deutlich die im Schrifttum wiederholt angesprochene diskriminierende Wirkung der Härteklausel auf⁽²⁾: mit etwas mehr Vermögen hätte Herr Julian die Scheidung ebenso erreichen können wie Herr Parker. Gerade die Umstände dieses Falles bieten jedoch wenig Anlaß, die sozialphilosophische oder sozialpolitische Kritik der Härteklausel zu vertiefen: zu groß ist die Differenz zwischen den 215 £ Jahresrente, die der Ehemann im Fall der Scheidung seiner Frau hätte ermöglichen können, und den 790 £ Rente, die ihr bei Fortbestand der Ehe zugestanden hätten, als daß es über die Notwendigkeit einer Schutzvorschrift zugunsten der Frau Zweifel geben sollte.

Als Alternative zur Aufrechterhaltung der Ehe kommt in solchen Fällen nur eine Übernahme des Saldos durch den Träger der Sozialhilfe in Betracht, sieht man von der Einführung einer allgemeinen, kompensatorischen Hausfrauenversicherung ab⁽³⁾. Mit den Mitteln des Scheidungsrechts ist dieses soziale und ökonomische Problem nicht zu lösen. Soweit die Scheidungsgerichte auf dieses Problem der 'Sozialisierung der Scheidungsfolgen' Einfluß nehmen können, nämlich bei der Frage nach der Anrechnung von mögli-

(1) (1972) Times 4.10.; (1972) 116 Sol.J. 763

(2) siehe S. 326

(3) Auch damit kann nicht alle wirtschaftliche Not, die durch die Ehescheidung hervorgerufen wird, gebannt werden. Bosch, Eherecht in Gefahr?, FamRZ 1971, 65; Vgl. zu diesem Problemkreis: Munro, Retirement Pensions After Divorce, (1971) 121 NLJ 159; Seidl, aaO. S. 167 ff., insbesondere S. 169 ff.: Allgemeine Hausfrauenversicherung als Zukunftsmodell

chen Sozialhilfeleistungen bei der Feststellung der Härte, haben sie auch nach der Scheidungsrechtsreform die frühere Linie der Rechtsprechung beibehalten: das Recht der Frau, Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen, gestattet es dem Ehemann nicht, die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht zu verweigern⁽¹⁾. Der Mann kann sich daher nicht darauf berufen, die Frau könne von der Sozialhilfe zum Unterhalt genausoviel erhalten, wie wenn sie weiter verheiratet wäre und sei deshalb keiner Härte ausgesetzt⁽²⁾. Dieser Weg, die Diskriminierungswirkung der Härteklausele gegenüber wirtschaftlich schlechter gestellten Klägern aufzuheben, ist somit abgeschnitten. Änderungen auf diesem Gebiet können nur durch den Gesetzgeber erfolgen.

2. Immaterielle Härte

Der Schutzzweck der Härteklausele umfaßt neben schweren finanziellen auch 'andere Härten'.⁽³⁾ Die Gerichte haben - allerdings ohne nähere Begründung - die Auslegungsregel aufgestellt, daß das Adjektiv 'schwer' sowohl 'finanzielle' als auch 'sonstige' Härte qualifiziert⁽⁴⁾. Der Inhalt des Rechtsbegriffes ist nach wie vor unklar⁽⁵⁾, wenn auch durch die Entscheidung *Banik v. Banik*⁽⁶⁾ - der bisher einzigen zur sonstigen Härte- deutlich wurde, daß es sich nicht um eine bloße Leerformel handelt. Ein Ehegatte kann sich im Rahmen von s.4 tatsächlich auf andere als finanzielle Härten berufen.⁽⁷⁾ Die Umstände dieses Falles waren allerdings derart außergewöhnlich, daß ihm kaum Beispielcharakter zuerkannt werden kann. Die Ehegatten, beide Inder, hatten 1949 in Kalkutta nach Hindu-Ritus geheiratet. Ihr Zusammenleben endete 1957. 1961 wanderte der Ehemann nach England aus und lebte dort

(1) *Dorrell v. Dorrell* (1972) 3 ALLER. 343; (1972) 1 WLR 108, per Baker P.

(2) *Siehe Dorrell v. Dorrell*, aaO.

(3) Vgl. S. 318 ff.: Das Ermessen des Gerichts

(4) *Parker v. Parker*, aaO; bestätigt in *Dorrell v. Dorrell*, aaO.

(5) *Siehe dazu Annesley*, aaO, S.405

(6) (1973) 3 ALLER 45 CA.; (1973) 117 Sol.J. 507

(7) Vgl. *Bromley, Passingham u.a.*, oben S. 318 ff.

mit einer anderen Frau zusammen. Seiner Scheidungsklage widersprach die in Indien zurückgebliebene Ehefrau unter Hinweis auf die schwere anderweitige Härte, die die Auflösung der Ehe für sie bedeuten würde. Bekräftigt durch das Zeugnis eines Hindu-Priesters machte die Frau geltend, sie würde aus der Gesellschaft ausgestoßen werden und kein Begräbnis als ehrbare, verheiratete Frau erhalten. In ihrer Gesellschaft lastete ein religiös und moralisch begründeter Bannfluch auf der Ehescheidung. Unter diesen Extrembedingungen einer religiösen und moralischen Härte sah sich der Court of Appeal veranlaßt, die Sache zur weiteren Sachaufklärung in die erste Instanz zurückzuweisen. Je nach dem Grad der Erniedrigung und Schande, den die Ehefrau zu erleiden hätte, könnte der Tatbestand der schweren Härte erfüllt sein.

Die Entscheidung läßt damit offen, unter welchen Umständen einer englischen 'Normalehe' die Existenz einer schweren sonstigen Härte bejaht werden würde. Das eigentliche Problem wird in einer Entscheidungsanmerkung in 'New Society' treffend beschrieben: "The difficulty is that when the act expressly facilitates divorce it is odd that the fact of divorce itself should be held to constitute hardship."⁽¹⁾ Dieser Grundwiderspruch der Härteklausel ist jedoch, wie Banik v. Banik zeigt, nur dadurch zu lösen, daß der Gesetzgeber schon die Möglichkeit empirisch nachweisbarer Härtesituationen an sich ignoriert. Warum sollte aber nicht eine soziale Therapie wie sie die Scheidung heute darstellt⁽²⁾ ebenso wie andere Therapien unter gewissen Voraussetzungen schädliche Nebenwirkungen zeigen, die ihre Indikation dann nicht mehr angezeigt erscheinen lassen? Der Court of Appeal scheint in Banik v. Banik dem letzteren Standpunkt zuzuneigen.

(1) Kolumne 'Diogenes on law', New Society 24 (1973) 21

(2) vgl. oben S. 269 ff.: Die therapeutische Funktion des Scheidungsrichters

3. Interessenabwägung

Der unbestimmte Rechtsbegriff 'wrong', dessen Verwendung im Schrifttum allgemein auf Kritik gestoßen ist⁽¹⁾, hat auch durch die Rechtsprechung bisher keine hinreichende Klärung erfahren. Dunn J. stellte in *Talbot v. Talbot*⁽²⁾ fest, daß Worte wie 'wrong' oder 'right' in einem Gesetz ungewöhnlich seien. Bei der Auslegung des Begriffs seien die Verhältnisse der Betroffenen, einschließlich der Kinder, aber zugleich auch das Gleichgewicht zu beachten, das zwischen der Aufrechterhaltung der Unantastbarkeit der Ehe und der Erwünschtheit der Beendigung leerer Rechtsbeziehungen zu erhalten sei⁽³⁾. In *Brickell v. Brickell* übte der Court of Appeal noch zweieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes Kritik am Gesetzgeber: "The Act offers us no assistance in defining the word 'wrong'. Wrong means 'unjust' - 'not right' - in all the circumstances of the case." Falls der Gesetzgeber damit eine wohlerwogene Absicht verfolgt habe, dann allenfalls die, das Wort 'vag' zu lassen⁽⁵⁾.

Das Fehlen einer Definition hat die Gerichte jedoch nicht davon abgehalten, diesem Merkmal eine eigenständige und entscheidende Bedeutung beizumessen⁽⁶⁾. Das Vorliegen einer schweren finanziellen oder sonstigen Härte führt nicht per se zur Aufrechterhaltung der Ehe⁽⁷⁾. Es muß zusätzlich unter all den Umständen 'wrong' sein, die Ehe aufzulösen. Erst, wenn beide Voraussetzungen zur Zufriedenheit des Gerichts erfüllt sind, sollte das Gericht die Scheidungsklage abweisen⁽⁸⁾.

(1) siehe S. 40 f. sowie S. 218 f.

(2) aaO., siehe S. 335 FN 1

(3) Bekräftigt durch Karminski LJ. in *Mathias v. Mathias*, aaO.

(4) (1974) Fam. 31; (1973) 3 ALLER 508 CA.; Aufschlußreich auch Counsel's argument, aaO.

(5) per Davies LJ., aaO.

(6) siehe auch Brown, aaO. (1971) 121 NLJ 57

(7) Cretney, aaO. (1972) 122 NLJ 49; vgl. S. 317 ff.

(8) *Mathias v. Mathias*, aaO.; *Dorrell v. Dorrell*, aaO.

Die bisherige Entscheidungspraxis hat gezeigt, daß die Gerichte die Interessen aller Betroffenen gleichermaßen berücksichtigen, und das heißt in der Praxis, daß der Wunsch des scheidungswilligen Partners, eine außereheliche Verbindung und daraus hervorgegangene Kinder zu legalisieren oder jedenfalls die Eingehung einer neuen, glücklichen Ehe versuchen zu können, Vorrang genießt, erst recht, wenn die beklagte Ehefrau ihrerseits noch jung ist und daher Wiederverheiratungsaussichten hat⁽¹⁾. Wiederheirat und neue Verpflichtung sind also kein Grund mehr, die Scheidung zu versagen⁽²⁾. Ebenso wenig schadet die Alleinschuld des Klägers an der endgültigen Zerrüttung der Ehe⁽³⁾, vielleicht der bemerkenswerteste Ausdruck des Wandels der gesellschaftlichen Moralvorstellungen. "One has to consider the broader aspect here: whether a marriage which has so hopeless broken down for so long should be preserved or whether it is not right in the public interest to put an end to it"⁽⁴⁾. Das im Zerrüttungsgrundsatz manifestierte öffentliche Interesse setzt sich somit in aller Regel gegenüber dem in der Härteklausel geschützten Individualinteresse durch. Ganz konkret kommen die Prioritäten, die das Gericht setzt, im Urteil von Davies LJ. zum Ausdruck: Alle drei Beteiligten, die Ehefrau, der Mann und seine Lebensgefährtin - als 'the lady' apostrophiert - würden normalerweise noch viele Jahre zu leben haben. Es wäre daher lächerlich, diese bloße 'Schale' einer Ehe am Leben zu erhalten und damit vielleicht alle drei daran zu hindern, in ein glücklicheres Leben unter glücklicheren Umständen hineinzufinden. "So far from being wrong to dissolve this marriage, I am absolutely satisfied that it would be wrong not to do so"⁽⁵⁾.

(1) Mathias v. Mathias, aaO.

(2) Baker P. in Dorrell v. Dorrell, aaO.; siehe S. 339 FN 1

(3) In Mathias v. Mathias, aaO. war festgestellt worden: "...it was the husband's conduct which was the sole cause of the breakup of the marriage." Siehe auch S. 331 ff. Ebenso Talbot v. Talbot, aaO.

(4) Karminski LJ. in Mathias v. Mathias, aaO.

(5) aaO. Mathias v. Mathias; Gleichlautende Erwägungen stellte Dunn J. in Talbot v. Talbot, aaO. an.

Auch das wohlverstandene Interesse des widersprechenden Gatten kann somit nach Ansicht des Gerichts in der Auflösung der Ehe bestehen. Der Fortbestand der objektiven Zerrüttung kann in aller Regel nicht im objektiv zu beurteilenden Individualinteresse liegen.

4. Die Schutzfunktion der Härteklausel im Verhältnis zu s.6 des Gesetzes

Wie im Schrifttum überwiegend erwartet wurde⁽¹⁾, führt die Härteklausel nur äußerst selten zur Aufrechterhaltung der endgültig zerrütteten Ehe. Ihre soziale Wirksamkeit liegt in der Sicherstellung der finanziellen Belange des sich darauf berufenden Ehegatten. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Wäre an sich eine schwere finanzielle Härte gegeben, so ist der Kläger infolge der Härteklausel gezwungen, für die ausreichende, d.h. in aller Regel volle, finanzielle Kompensation des Beklagten zu sorgen und Sicherheiten dafür zu erbringen⁽²⁾. Ergibt die gerichtliche Untersuchung dagegen, daß zwar eine Härte vorliegt, diese jedoch nicht den erforderlichen Schweregrad erreicht, dann verweisen die Gerichte den widersprechenden Teil auf die Möglichkeit, seine Interessen durch einen Antrag gemäß s.6 DRA 1969 wahrzunehmen⁽³⁾. Die Aufhaltung des 'decree absolute' wird zurecht als das geringere Übel gegenüber dem Zwang für den Beklagten angesehen, seine Versorgung durch die Behauptung der Härte zu sichern und die Scheidung damit in Frage zu stellen. Die Gerichte sind sich dabei der Gefahr

(1) Vgl. S.327 f.

(2) Parker v. Parker, aaO; Dorrell v. Dorrell, aaO; vgl. Julian v. Julian, aaO.

(3) Mathias v. Mathias, aaO; vgl. auch Vickers, aaO. S.241

bewußt, daß s.6 dem Beklagten mit der Möglichkeit, den Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsausspruches hinauszuzögern, als Mittel zur Erpressung des Klägers dienen kann: der Zweck des Gesetzes würde damit vereitelt⁽¹⁾. Andererseits ist klar, daß auch die Einwilligung in die Scheidung nach s.2(1)(d) oder das Unterlassen eines Widerspruchs aufgrund s.4 bei einer Klage nach s.2(1)(e) des Gesetzes zu einem Koppelungsgeschäft führen kann, das die Züge einer Erpressung trägt⁽²⁾. Diese Gefahr der Pervertierung der Absichten des Reformgesetzgebers muß jedoch in Kauf genommen werden, da es sich einerseits um nie völlig auszuschließenden Mißbrauch handelt und andererseits der erklärte Zweck des Gesetzes der Schutz des Beklagten - gewöhnlich der Ehefrau - vor finanziellem Schaden im Falle der Getrenntlebensscheidung ist⁽³⁾. Die Gerichte sehen den wirklich relevanten Anwendungsbereich von s.6 in den Fällen der einseitigen Scheidung nach fünfjährigem Getrenntleben. Die 'Bremse' der s.6⁽⁴⁾ braucht bei Einwilligungsscheidungen nicht 'gezogen' zu werden, da es für den Beklagten zur Wahrung der Interessen effektiver ist, die Einwilligung vorzuenthalten⁽⁵⁾. Für die Entscheidung des Gerichts kommen bei s.6 DRA 1969 die bereits erörterten Grundsätze hinsichtlich des 'conduct' der Parteien und der sonstigen Umstände des Falles zur Anwendung⁽⁶⁾. Auch bei einer langjährigen Ehe wird die Frau dann keine finanziellen Leistungen von ihrem Mann beanspruchen dürfen, wenn das Zusammenleben nur von kurzer Dauer war⁽⁷⁾. Die Entscheidungspraxis zeigt, daß die Gerichte ihre Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Antragstellers genau nehmen: die finanziellen Zusicherungen des Klägers müssen substantiiert und

- (1) Grigson v. Grigson (1974) 1 AllER 478; (1974) 1 WLR 228 CA
- (2) vgl. S.205 ff zum Einwilligungserfordernis
- (3) vgl. die Urteile von Buckley LJ. und Lawton LJ. in Grigson v. Grigson, aaO.
- (4) Grayson, Elections under Section 6, (1972) 122 NLJ 637
- (5) vgl. A.v.C. and O.T.W. Applications under Section 6 of Divorce Reform Act, (1971) 121 NLJ 659
- (6) Siehe S.307FN 1 ; vgl. Trippas v. Trippas, aaO, Vickers, aaO, S. 242
- (7) Krystmann v. Krystmann (1973) 3 AllER 247; (1973) 117 Sol. J 485 CA

zur Überzeugung des Gerichts verlässlich sein⁽¹⁾. Wird das Urteil unter Verletzung der Rechte des Beklagten aufgrund von s.5 für ungültig erklärt, ist das endgültige Urteil allerdings nicht per se nichtig (void), sondern nur vernichtbar (voidable)⁽²⁾. Im Falle D.v.D. wäre die Aufhebung des Urteils dann in Betracht gekommen, wenn die finanziellen Interessen des Beklagten (der Ehefrau) durch die Rechtskraft des Scheidungsausspruches in irgendeiner Weise präjudiziert worden wären. Da deren Wahrnehmung jedoch aufgrund des MPPA 1970 ohnehin gesichert sei, andererseits jedoch der Status der Parteien - und der neuen Familie des Mannes, der wieder geheiratet hatte, - betroffen war, fiel die Entscheidung des Präsidenten in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung zugunsten der Rechtssicherheit - und damit zugunsten der neuen Familie.

5. Zusammenfassung

Die bisher vorliegende Rechtsprechung zur Härteklauseel erlaubt naturgemäß noch keine abschließende Wertung ihrer rechtlichen Bedeutung. Noch sind nicht alle wesentlichen Aspekte höchstrichterlich abgeklärt. Die Grundsatzentscheidung

- (1) Parkes v. Parkes (1971) 3 ALLER 870; (1971) 1 WLR 1481, CA, per Lord Denning MR: Die Ehefrau hatte davon abgesehen, der Scheidung aufgrund s.4 zu widersprechen, in der Annahme, eine zufriedenstellende Folgenvereinbarung sei erreicht worden. Als sich hierüber ein Dissens der Parteien herausstellte, gab der Court of Appeal der Berufung der Frau statt und räumte ihr das Recht ein, entweder die Aufhebung des vorläufigen Scheidungsurteils und eine Neuverhandlung oder den Aufschub des 'decree absolute' aufgrund s.6 DRA 1969 zu beantragen. Siehe auch Grigson v. Grigson, aaO.
- (2) D.v.D. (1973) Times 7.3.FD, per Baker P. Zum Begriffspaar void - voidable im Eherecht siehe Henrich, aaO. S. 114

in dem der Härteklauseel zugrundeliegenden Interessenkonflikt ist jedoch gefallen und die maßgeblichen Entwicklungslinien liegen bereits fest. Friedmann hat die Interessenabwägung so umschrieben: "Sanctity of marriage must be balanced against the often disastrous results of an unhappy marriage for the mental state of the parties, the happiness of the children, and, ultimately, the community"⁽¹⁾. In ihrem Bemühen, das Recht an die Realitäten des sozialen Lebens anzupassen und das verhängnisvolle Spannungsverhältnis zwischen Theorie und Wirklichkeit zu verringern, wenn nicht zu eliminieren⁽²⁾, haben sich die Gerichte zugunsten des Rechts auf Wiederheirat, d.h. eines neuen und erwünschtermaßen erfolgreicheren Versuchs einer glücklichen Ehe und Familie entschieden⁽³⁾. Selbst in Fällen einseitiger Kündigung⁽⁴⁾ der Ehe und einseitiger Herbeiführung der endgültigen Zerrüttung⁽⁵⁾ haben die Gerichte davon abgesehen, derartige Verhaltensweisen mit moralischen Kriterien zu belegen und entsprechend als Rechtsmißbrauch oder Verstoß gegen die Sittenordnung zu ahnden⁽⁶⁾. Die Aufrechterhaltung des Rechtsbandes einer endgültig zerrütteten Ehe wird nur dann zugestanden, wenn die mehrfachen Qualifizierungen des restriktiv ausgelegten objektiven Härtetatbestandes erfüllt sind. Das Vorliegen einer "schweren Härte" wird daher, sowohl was die materielle als auch was die immaterielle Variante der Härteklauseel angeht, nur nach objektiven Gesichtspunkten ermittelt: bei ersterer ist es 'falsch', die Ehe aufzulösen, wenn die Scheidung zu einer erheblichen finanziellen Schlechterstellung führt, die anderweitig auch nicht annähernd kompensiert werden kann⁽⁷⁾, bei letzterer dann, wenn außerhalb der Sphäre der Parteien liegende,

(1) Law in a Changing Society, S.252

(2) vgl. Friedmann, aaO, S.251; Siehe oben S. 19 ff.

(3) Mathias v. Mathias, aaO; Siehe oben S.342 ;Talbot v. Talbot, aaO.

(4) z.B. in Talbot v. Talbot, aaO: böswilliges Verlassen der Hochschwangeren Ehefrau mit der Enthüllung, eine andere Frau zu lieben

(5) z.B. Mathias v. Mathias, aaO,

(6) Vgl. demgegenüber Bosch, aaO, Fam RZ 1971, 64, 65. Zur Diskussion über die Härteklauseel in Deutschland ferner: Giesen aaO, S.18, 19; Bundesregierung, Gesetzentwurf, aaO, S.57

(7) Julian v. Julian, aaO.

objektive Umstände in einer nichtkompensablen sozialen Schlechterstellung resultieren, die nicht im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beklagten steht⁽¹⁾. Das Zustandekommen einer derartigen Situation erscheint in der englischen Gesellschaft wenig wahrscheinlich⁽²⁾. Entsprechend den Erwartungen des Schrifttums⁽³⁾ kann die immaterielle Härteklausel daher wohl als gegenstandslos betrachtet werden.

Was in der Rechtswirklichkeit von s.4 DRA 1969 übrigbleibt, ist keine effiziente Einschränkung oder gar Durchbrechung des Zerrüttungsprinzips und kann mit einem Begriff Bosch's am treffendsten als "Nichtscheidungs-Härteklausel"⁽⁴⁾ bezeichnet werden.

(1) Banik v. Banik, aaO.

(2) Die Härte in Banik v. Banik sollte unter den besonderen soziologischen Gegebenheiten Indiens gegeben sein. Eine Übertragbarkeit auf England erscheint selbst für geschlossen lebende Immigrantengruppen schwer denkbar.

(3) siehe S. 327

(4) aaO. S. 64

Siebter Teil: SCHLUSSBETRACHTUNG

A) Gesamtüberblick

Das Scheidungsreformgesetz ist ein Kompromiß und hatte einer zu sein⁽¹⁾. Der Mangel an ausschließlicher Festlegung auf eine der beiden maßgeblichen Theorien innerhalb der englischen Reformdiskussion, der 'doctrine of matrimonial offence' und der 'doctrine of breakdown of marriage',⁽²⁾ welcher dem Gesetz sehr viel Kritik eingetragen und seinen Erfolg ernsthaft in Frage gestellt hatte, erwies sich jedoch in dem Maße als ein Vorteil, in dem die Rechtsprechung nach und nach die gegensätzlichen Ansatzpunkte aufnahm und die Suche nach dem bestmöglichen Scheidungsrecht in einem dialektischen Prozeß fortsetzte. Ein abschließendes Urteil über diese, für die englische Rechtstradition typische, organische Weiterentwicklung des Rechts in den Fallentscheidungen ist auch jetzt, mehr als drei Jahre nach der Scheidungsrechtsreform, noch nicht möglich, da noch zu viele Fragen von grundsätzlicher Bedeutung zur höchstrichterlichen Entscheidung anstehen⁽³⁾.

Die wesentlichen Entwicklungslinien liegen aber bereits fest und deuten darauf hin, daß zwischen den Extremen der beiden Doktrinen - hier das selbstverständliche 'Recht' auf Scheidung nach Erfüllung eines Verfehlungstatbestandes, dort die inquisitorische Untersuchung eines jeden

(1) Rheinsteinst, Marriage Stability, S. 352

(2) vgl. Putting Asunder, para. 24, S. 16

(3) z.B. die Bedeutung des Schuld faktors für den Interessenausgleich, das Verhältnis der Tatbestandsmerkmale des Ehebruchstatbestandes zueinander, die 'Schwere' des ehelichen Fehlverhaltens

Einzelfalles bis hin zur versuchten Umerziehung der Ehegatten⁽¹⁾ - ein dritter Weg auf der Grundlage des Zerrüttungsprinzips gangbar ist⁽²⁾.

Dieses 'realistische' Scheidungsrecht erleichtert die Feststellung der endgültigen Zerrüttung für die große Masse der Verfahren, in denen der tatsächliche Zustand der Ehe unstreitig ist und der Schwerpunkt der richterlichen Tätigkeit ohnehin im Interessenausgleich hinsichtlich der Scheidungsfolgen liegt, stellt jedoch andererseits für jene Fälle Rechtsmacht zur Verfügung, in denen der Richter aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit besonderen Rechtsschutz geben muß oder aber ein richterliches Eingreifen im Sinne des 'therapeutical approach' erfolgversprechend ist. Dieses Zerrüttungsscheidungsrecht würde einmal vier wesentliche Bestandteile umfassen:

einen Getrenntlebenstatbestand von nicht mehr als zwei Jahren, ohne Einwilligungserfordernis, für die große Mehrzahl der Scheidungen;

einen generalklauselartigen Zerrüttungstatbestand für besonders dringliche Fälle und solche, in denen es nicht zum Getrenntleben kommt;

Allzuständigkeit des Scheidungsrichters als 'Familienrichter' für die Regelung aller mit der Familie zusammenhängenden Fragen, insbesondere die Sicherung folgender Interessenschwerpunkte: das Wohl der Kinder der Familie, die wirtschaftliche, insbesondere versorgungsrechtliche Stellung älterer Ehefrauen und allgemein der Schutz vor Härten und Übervorteilung in den Fällen einseitigen Scheidungsbegehrens;

Einschaltung geschulter Fachkräfte, wie Eheberater, Kinderpsychologen, Sozialarbeiter u. a. zum frühestmöglichen Zeitpunkt und an jeder Stelle des Verfahrens.

(1) vgl. Busekist, Das Familiengericht in den USA, S. 191 ff.

(2) vgl. Müller-Freienfels, Über "Familiengerichte", insbesondere in den USA, ZVergl.RW 73 (1973), 166-168

Das englische Scheidungsrecht hat dieses Ideal heute freilich noch nicht erreicht. Unterstellt, daß sich die dahingehende Linie der Rechtsprechung durchsetzt, wird jedoch das Kriterium der Schuld bald nur noch dort von Bedeutung sein, wo es aus rechtsstaatlichen Erwägungen unabweislich ist: beim Ausgleich der Scheidungsfolgen in extremen Fallsituationen. Die Rechtsprechung stellt schon heute auch in den Eheverfehlungsstatbeständen weniger auf das Verhalten als auf den objektiven Zustand der Ehe ab⁽¹⁾ und der Schwerpunkt der richterlichen Tätigkeit liegt längst auf dem Gebiet des Interessenausgleichs nach erfolgter Scheidung⁽²⁾.

Die Neufassung des Rechts der Eheauflösung im Matrimonial Causes Act 1973 hat diese Rechtslage nicht verändert⁽³⁾. Die vornehmlich redaktionellen Änderungen brachten hinsichtlich des materiellen Scheidungsrechts die Zusammenfassung von s.1 und s.2 DRA 1969 in einer neuen Section 1 MCA 1973, eine Präzisierung des Anwendungsbereiches der vormaligen ss.4, 5, 6 DRA 1969 - jetzt ss. 5 und 10 MCA 1973 -⁽⁴⁾ sowie die Trennung der Vorschriften zur direkten und indirekten Förderung der Aussöhnung. Erstere, vormals in s.3(1)(2) DRA 1969 geregelt, wurden zur s.6 des neuen Gesetzes, während letztere als s.2 MCA 1973 die früheren ss.2(4)-(6) und 3(3)-(6) zusammenfassen und nunmehr ohne ausdrückliche Bezugnahme auf 'reconciliation', aber ansonsten unverändert, die zulässigen Zeiträume des Zusammenlebens vor Erhebung der Scheidungsklage festlegen.

- (1) vgl. Livingstone - Stallard v. Livingstone - Stallard (1974) 3 WLR 312
- (2) Baker P., The View from the Family Division, (1972) 69 Gaz.5
- (3) siehe oben S. 9 FN2 und S. 49FN 3
- (4) Änderungsvorschlag der Law Commission, No. 51, Cmd. 5167, App. para. 1 in Anlehnung an die Entscheidung Rule v. Rule (1971) 3 ALLER 1368

Das Scheidungsgesetz ist dadurch in der Systematik verbessert worden.⁽¹⁾ Ob damit zugleich auch Schwerpunkte verschoben worden sind, ist nicht leicht festzustellen, für die Praxis aber unerheblich, die mit dem 'Consolidation Act' das alte Recht in neuer Fassung anwendet. Auch als s.1(1) MCA 1973 bleibt die endgültig zerrüttete Ehe alleiniger Scheidungsgrund und nach der Vereinigung des Grundes mit den Beweisvermutungen ist heute deutlicher als zuvor, daß ersteres nicht ein bloßer Programmsatz und letztere nicht die wirklichen Scheidungsgründe sind⁽²⁾.

B) Weitere Entwicklungstendenzen

Die weitere Entwicklung in Richtung auf das als 'realistisch' bezeichnete Scheidungsrecht der Zukunft kann nicht von den Gerichten allein getragen werden und bedarf daher gesetzlicher Reformmaßnahmen⁽³⁾. Die Diskussion darüber ist bereits im Gange und die Stimmen mehren sich, die schon in naher Zukunft ein Überdenken des Scheidungsgesetzes insgesamt fordern⁽⁴⁾.

(1) vgl. O'Neill, The Matrimonial Causes Act 1973, (1973) 36 MLR 639

(2) s.1(1) MCA 1973 lautet: "Subject to section 3 below (Dreijahres-Sperrfrist - vormalig in s.2 MCA 1965 geregelt), a petition for divorce may be presented to the court by either party to a marriage on the ground that the marriage has broken down irretrievably". s.1(2) MCA 1973 gibt die 'facts' von s.2(1) DRA 1969 in unverändertem Wortlaut wieder; siehe oben S. 34

(3) Rechtsreform ist Aufgabe des Gesetzgebers: siehe oben S. 55

(4) siehe insbesondere Mortlock, The Inside of Divorce. A Critical Appraisal of the System; desgl., jedoch unter anderem Vorzeichen: Lathey, The Tide of Divorce; Morris, The End of Marriage

"The law is in a state of transition"⁽¹⁾ und als erstes werden wohl die Überreste der früheren Eheverfehlungs-
doktrin auch formell aus dem Recht verschwinden⁽²⁾.
Die Vorschriften zum Interessenausgleich - materielle und
beschränkte Härteklausel⁽³⁾ - dürften in ihrer gegenwärti-
gen Form als Scheidungshindernisse aus finanziellen Gründen
ebenfalls nicht lange von Bestand sein⁽⁴⁾. Immaterielle Härten
erkennt die Rechtsprechung heute schon nicht mehr an.
Hauptansatzpunkt der Kritik ist ferner der geringe Erfolg
der Vorschriften zur Förderung der Aussöhnung⁽⁵⁾. Die
Notwendigkeit einer Verbesserung dieser "dead letter
provisions"⁽⁶⁾ wird allgemein erkannt und damit auch deren
wichtigste Voraussetzung in wachsendem Maße bejaht: die grund-
legende Reform der Gerichtsorganisation und des Verfahrensrechts
als notwendige Ergänzung zur Einführung des Zerrüttungsprinzips.

(1) Scarman LJ., Vorwort zu Mortlock, *The Inside of Divorce*, S. XI; Mortlock, aaO. S. 189

(2) Bates, *Divorce Costs: Some Random Reflections on Recent Developments in Commonwealth Jurisdictions*, (1973) 2 AALR 196, 197; Scarman LJ., aaO.; Waters, *Divorce Reform Act 1969 - Retrospect II*, (1972) 116 Sol.J. 327, 328; vgl. Manchester & Whetton, aaO. (1974) 23 ICLQ 342. In der Praxis werden die Verfehlungstatbestände jedoch immer populärer, da sie leicht zu erfüllen sind und zu einer schnellen Scheidung führen: Bissett-Johnson, *The Continued Relevance of the Fault Principle in Matrimonial Law*, (1973) 3 Fam.Law 10; vgl. die Statistiken oben S. 163 FN 1

(3) ss.4.6 DRA 1969 = ss. 5, 10 MCA 1973

(4) vgl. Rheinstein, *Marriage Stability*, S. 344; Deech, *A Tide in the Affairs of Women*, (1972) 122 NLJ 742; Holden, *Divorce in the Commonwealth*, (1971) 20 ICLQ 73

(5) Manchester & Whetton, aaO. S. 355; Bissett-Johnson, aaO.; vgl. O'Neill, aaO. (1973) 35 MLR 540; Freeman, *The Search for a Rational Divorce Law*, aaO. S. 205 - 207; vgl. Rhein-
stein, aaO. S. 440

(6) Lord Simon, *Judicial Processes in England*, (1973) 70 Gaz. 2061

Die Reförmbemühungen der nächsten Jahre werden sich daher auf die Abschaffung des streitigen Verfahrenssystems⁽¹⁾ und die Errichtung eines 'Familiengerichts' mit ausschließlicher Zuständigkeit für das gesamte Familienrecht richten. Die Morton Commission hatte die Einführung von "Family Courts" seinerzeit abgelehnt⁽²⁾, die Forderung danach ist aber seither nie mehr verstummt⁽³⁾ und seit der Einführung des Zerrüttungsprinzips dringlicher und stärker denn je geworden⁽⁴⁾. Die Vereinigung der Zuständigkeiten, die bisher auf die Family Division des High Court, die County Courts und die Magistrates' Courts verteilt sind, würde vor allem eine Stärkung der Stellung der Ehefrauen und der Kinder bewirken, eines der Hauptanliegen eines jeden fortschrittlichen Scheidungsrechts⁽⁵⁾. Sie würde

- (1) Lipstein, Research in Family Law. The Breakdown of Marriage, Prevention and Relief, The Journal of the Society of Public Teachers of Law 1966/67, vol. IX, S. 221, 222; Mostyn, The Present Divorce System. Proposals for the Future, (1970) 120 NLJ 505, 506; Mortlock, aaO. S. 31-36; Mortlock hält bei unstreitigen Scheidungen ein Tätigwerden des Richters für überflüssig und schlägt deshalb die Einrichtung besonderer Tribunale vor: aaO. S. 193; a.A: Manchester & Whetton, aaO. S. 381, die befürchten, daß diese bald zu Quasi-Gerichten würden. Die Abschaffung des "adversary system" war bereits von der erzbischöflichen Studiengruppe verlangt worden: Putting Asunder, para. 28, s.19; vgl. auch Friedmann, Law in a Changing Society, S. 254; Bates, aaO.; Müller-Freienfels, aaO. S.130
- (2) Cmnd. 9678, para. 747, S. 198
- (3) vgl. Kahn-Freund, Divorce Law Reform?, (1956) 19 MLR 585; Lipstein, aaO.; Hall, Encouraging Reconciliation of Dissident Spouses, (1967) 25 CLJ 181; Passingham, Divorcé Law and Proceedings - The Winds of Change, (1969) 66 Gaz.43
- (4) Simon, Recent Developments in the Matrimonial Law, Riddell Lecture, S. 3238; ders., Judicial Processes in England, (1973) 70 Gaz. 2061; Scarman, Achievements and the Way Ahead, (1971) 121 NLJ 671; Mortlock, aaO. S. 194 ff.; Samuels, Family Courts - The Future, (1972) 122 NLJ 133; Manchester & Whetton, aaO. S. 371; Hall, Outline of a Proposal for a Family Court, (1971) 1 Fam. Law 6-10; Saunders, Children and Divorce, (1971) 1 Fam. Law 191; Memorandum of the Magistrates' Association, Local Family Courts, (1972) 69 Gaz. 923; Freeman, aaO. S. 207, 208
- (5) siehe Law Commission, Cmnd. 3123, paras. 47-51, S.23-26; vgl. Müller-Freienfels, aaO. S. 174, 175; Mortlock, aaO. S. 69

aber auch die Voraussetzung für die funktionelle Integration aller jener sozialen Einrichtungen in einen "integrated family court"⁽¹⁾ schaffen, die sich die Förderung des Wohls der Ehegatten, der Kinder und der Familie schlechthin zum Ziel gesetzt haben⁽²⁾. Damit würden dann endlich alle im Rahmen des Scheidungsrechts denkbaren sozialen Einrichtungen und Methoden tatsächlich zur Verfügung stehen können, um den Bestand und die Dauerhaftigkeit der Institution Ehe mit den Mitteln des Rechts zu stärken.

Das kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß der beste Schutz der Ehe in einem ehefreundlichen sozialen und kulturellen Klima besteht, dessen Schaffung und Erhaltung auch - aber nicht ausschließlich - eine Aufgabe des Staates ist. Wenn es dem Staat damit ernst ist, wird er nicht erst das Eintreffen ehelicher Schwierigkeiten abwarten, um diese einzelne Ehe dann vor der endgültigen Zerrüttung zu bewahren, sondern schon im außerrechtlichen Bereich und präventiv die Gefahren, denen die Ehe in der heutigen Gesellschaft ausgesetzt ist, durch eine geeignete Bildungs- und Sozialpolitik zu mindern suchen⁽³⁾.

An Vorschlägen und Projekten hierzu fehlt es im anglo-amerikanischen Bereich nicht⁽⁴⁾. Nach den Worten von Rheinstein

{1} Friedmann, aaO. S. 255

{2} Zur Praxis des Familiengerichts siehe Busekist, aaO. S. 142 ff., insbesondere S. 166 ff., der vor allem die Erfahrungen mit Judge Alexander's Family Court in Toledo/Ohio berücksichtigt.

{3} siehe oben S. 286 f.

{4} vgl. Rheinstein, aaO. S. 406 ff.: 'What to do about marriage breakdown'; Manchester & Whetton, aaO. S. 378; Friedmann, aaO. S. 256; Dominian, Marital Breakdown, S. 129 ff.; Busekist, aaO.; Bekelaar, Family Security and Family Breakdown, S. 59 ff.; Hall, A New Basis for Divorce, (1970) 28 CLJ 49; Mortlock, aaO. S. 189 ff.

sind wirkungsvolle Mittel zur Stärkung der Stabilität der Ehe vorhanden: "Social policy, family counseling and family life education are effective means". Gesetze, die die Scheidung erschweren, sollten nicht dazu gezählt werden⁽¹⁾. 'Family life education', die systematische und schon im Kindesalter einsetzende Vorbereitung der zukünftigen Ehegatten auf ihre Entscheidung zu heiraten, auf die Partnerwahl, das Eheleben und die Elternschaft⁽²⁾, kann als eines dieser Mittel allein bereits mehr Ehen vor der endgültigen Zerrüttung bewahren, als es das bestmögliche Scheidungsrecht je vermöchte.

Sollten diese Vorstellungen einmal Verwirklichung finden, könnte das nicht ohne Auswirkungen auf das Scheidungsrecht bleiben, das davon Impulse für seine Fortentwicklung empfangen müßte. Eingebettet in ein integriertes System sozialtherapeutischer Ehevorbereitungs- und -erhaltungsmaßnahmen könnte das Scheidungsrecht dann unbedenklich die Funktion der bloßen Registrierung der Wiederheiratserlaubnisse übernehmen, die ihm heute noch zu Recht verweigert werden muß.

Noch aus einem anderen, völlig gegenteiligen Grunde könnte das Scheidungsrecht in Zukunft die heutige materielle Rechtsqualität verlieren: Dann nämlich, wenn es nicht, wie bisher angenommen, zu einem Anwachsen des "Ehebewußtseins" der Gesellschaft käme, sondern zu einem neuerlichen Wandel der Eheauffassung⁽³⁾, etwa in der Weise, wie ihn Toffler angekündigt hat⁽⁴⁾.

{1} aaO. S. 443

{2} Rheinstein, aaO. S. 433

{3} vgl. oben S. 15

{4} Der Zukunftsschock (1970)

Wenn die Ehe einmal im Gegensatz zu heute nicht mehr als notwendige Bedingung der monogamen Kernfamilie und somit als Garant des Fortbestandes von Staat und Sozialstruktur angesehen werden sollte⁽¹⁾, sondern nur noch als typisierter Standardvertrag für die Eingehung von Ehen auf Zeit, Fortsetzungsehen und Mehrfachehen⁽²⁾, von homosexuellen und polygamen Ehen⁽³⁾ Verwendung finden würde, dann entfielen gleichfalls das Bedürfnis nach einem Scheidungsrecht, das sich wesentlich vom Recht der Auflösung eines Gesellschaftsvertrages unterscheidet⁽⁴⁾. Der Grundsatz der Kündigung aus wichtigem Grund hätte dann beste Aussichten, an die Stelle des Prinzips der endgültigen Zerrüttung der Ehe als Rechtsgrund und Regelungsprinzip der Scheidung zu treten.

- (1) siehe Denning, *The Changing Law*, S. 129: "The family is the primary social unit"; Turner, *Family and Kinship in Modern Britain*, S. 9: "In Britain the nuclear family occupies a dominant structural position ..."; vgl. James, *Marriage and Society*, S. XIII; Goode, *Social Theory*, S. 264; Westermarck, *History of Human Marriage*, S. 26; Graveson, *Status*, S. 80, 113; vgl. auch oben S. 2
- (2) vgl. Toffler, aaO. S. 200; Freeman, aaO. S. 178; O'Neill, *Open Marriage, a new life-style for couples*, (1972-73) 12 *Journal of Family Law* 316-318; Das englische Ehe- und Familienrecht unterliegt in jüngster Zeit infolge der Einwanderung aus farbigen Commonwealth Ländern starken Einflüssen dieser Kulturen, die die englische Rechtsordnung mit ihrer andersartigen Familienstruktur und -bedeutung sowie mit Besonderheiten wie Früh-, Viel- und Verwandtenehen vor schwere Probleme stellen: siehe Deech, *Immigrants and Family Law*, (1973) 123 *NLJ* 110
- (3) vgl. Toffler, aaO. S. 196; Perkins and Silverstein, *The Legality of Homosexual Marriage*, (1973) 82 *The Yale Law Journal* 573; Kennedy, *Transsexualism and Single Sex Marriage*, (1973) 2 *AALR* 128 ff.
- (4) vgl. Ormrod J. in *Pheasant v. Pheasant* (1972) *Fam.* 202; (1972) 1 *AllER* 587; (1972) 2 *WLR* 353: "Parliament has not yet completely assimilated the law relating to marriage with the law of partnership"; vgl. auch Friedmann, aaO. S. 239, 240

L e b e n s l a u f

Am 5. April 1945 wurde ich als Sohn des Architekten Dipl.Ing. Karl Knobel und seiner Ehefrau Katharina, geb. Reichert in Ravensburg/Württ. geboren. Mein Vater verstarb im Jahre 1961.

Nach dem Besuch der Volksschule und des Graf-Zeppelin-Gymnasiums in Friedrichshafen legte ich dort im Februar 1964 die Reifeprüfung ab. Von 1964 bis 1969 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Heidelberg und München. Im Dezember 1969 legte ich in München die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit 1970 war ich in Bayern und im Rahmen der Wahlstation in London als Rechtsreferendar tätig. Stipendien des DAAD und der Konrad-Adenauer-Stiftung ermöglichten mir mehrere Studien- und Forschungsaufenthalte in England. Derzeit bereite ich mich auf die zweite juristische Staatsprüfung vor.

